

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES DIFFÉRENCES
ENTRE LES
CODES CIVILS FRANÇAIS ET ITALIEN
RELATIVEMENT AUX
RÉGIMES MATRIMONIAUX

(Contribution à l'Étude du Contrat de mariage en droit comparé)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 5 Février 1924, à 4 heures 1/2

PAR

D. BEINER

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur
Suffragants } *MM. PERCEROU, professeur*
RIPERT, professeur

PARIS
JOUVE ET C^{IE}, ÉDITEURS
15, Rue Racine, 15

1924

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES DIFFÉRENCES
ENTRE LES
CODES CIVILS FRANÇAIS ET ITALIEN

RELATIVEMENT AUX

RÉGIMES MATRIMONIAUX

(Contribution à l'Étude du Contrat de mariage en droit comparé)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 5 Février 1924, à 4 heures 1/2

PAR

D. BEINER

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur

Suffragants { *MM. PERCEROU, professeur*
RIPERT, professeur

PARIS

JOUBE ET C^{IE}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

—
1924

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses: ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MES PARENTS

BIBLIOGRAPHIE

- Ascoli (A.).* — L'évolution du droit privé en Italie de 1869 à 1919 (Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée, t. II. Paris, 1923).
- Aubry et Rau.* — Cours de droit civil français, t. VII et VIII, 5^e éd. Paris, 1913 et 1916.
- Anthoine de Saint Joseph.* — Concordance entre les codes étrangers et le Code Napoléon, 4 vol., 2^e éd. Paris, 1856.
- Bellavite (L.).* — Contratto di matrimonio (Note illustrative e critica al codice civile, 1874).
- Bellini Pascq.* — Elementi di diritto civile (Società conjugale. Catania, 1873).
- Boissonade (G. E.).* — Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon. Paris, 1868.
- Bolaffio (L.).* — Nozioni elementari di diritto civile patrio. Verona, 1882.
- Bianchi (Em.).* — Del contratto di matrimonio. Napoli, 1891.
- Bonelli (G.).* — La natura giuridica della comunione dei beni; (Rivista di diritto commerciale, 1920).
- Borsari (L.).* — Istituzioni di diritto civile. Verona, 1882.
- Cattaneo e Borda.* — Il codice civile italiano annotato. Torino, éd., 1882.
- Cezareo.* — I mobili dotali secondo il diritto romano e il codice civile italiano (Archivio giuridico, t. XIV).
- Chironi (G.).* — Le Code civil et son influence en Italie (Livre du centenaire, t. II).
- Colin et Capitant.* — Cours élémentaire de droit civil français. Paris, éd. 1921.
- Congrès international de droit comparé de 1900.* — Procès-verbaux des séances et documents, vol. I, 1905; vol. II, 1907.
- Déglin (H. E.).* — Le contrat de mariage en droit comparé et en droit international. Thèse Nancy, 1883.
- Digesto italiano (II).* — Enciclopedia alfabetica. Torino, 1891-1896.
- Fiore Pasq.* — Il diritto civile italiano, Parte XII (Bianchi: Contratti speciali, éd. 1891).

- Droit international privé traduit de l'italien, par P. Pradier-Fodéré. Paris, 1875.
- Ferrara (F.)*. — Trattato di diritto civile italiano. Rome, 1921.
- Folleville (D. de)*. — Traité du contrat pécuniaire de mariage et des droits respectifs des époux quant aux biens, 3 vol. Paris, 1883.
- Foschini (Gaet.)*. — Istituzioni di diritto civile romano e italiano, Napoli, 1882-1883.
- Gallupi (H.)*. — La dote secondo il diritto civile italiano. Torino, 1876.
- Garrigues (E.)*. — De la séparation des biens envisagée comme régime matrimonial légal. Thèse Lyon, 1909.
- Gianzana (Seb.)*. — Relazione, t. I et III. Rome, 1864.
- Gide (P.)*. — De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie. Paris, 1866.
- Guillouard (L.)*. — Traité du contrat de mariage, 3^e éd., 1835.
- Huc et Orsier*. — Code civil italien (traduction et commentaire, 2 vol. Paris, 1867-1868).
- Lelièvre (Robert)*. — De l'institution de la communauté réduite aux acquêts comme régime légal. Thèse Paris, 1905.
- Lévy-Ullmann (H. L.)*. — De l'utilité des études comparatives (La Revue du Droit, 1923).
- Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, t. I et II. Paris, 1923.
- Lordi (Fr.)*. — Gli articoli 1400 parte prima e 1969, n° 4 de Codice civile studiati del punto di vista della loro apparente antinomia (Arch. giur., 1882).
- Messineo (F.)*. — La comunione giuridica della comunione conjugale dei beni (Athénium, 1920).
- Menial*. — Le caractère juridique de la communauté entre époux (Rev. trim., 1903).
- Orazio Sechi*. — Contratto di matrimonio (Il Digesto Italiano, t. VIII, parte II. Torino, 1898-1900).
- Pacifici Mazzoni*. — Istituzioni di diritto civile italiano, t. IV, 3^e éd. Florence, 1886-1894.
- Pertibe*. — Storia del diritto italiano, t. III. Torino, 1894.
- Paoli (Bald)*. — Del matrimonio rispetto ai beni, 1887.
- Procès-verbaux de la commission de coordination des dispositions du Code civil*. Turin, 1866.
- Piola (G.)*. — Comunione di beni fra coniugi (Il Digesto Italiano, t. VII, parte II. Turin, 1896-1899).
- Pollaco (V.)*. — Sulla antinomia apparente fra l'art. 1400 al. 1^a et l'art. 1966 n° 4 del Codice civile (Arch. giur., t. XXVIII, XXX et XXXI).
- Planiol (M.)*. — Traité élémentaire de droit civil. Paris, 1921.

- Pothier.* — Communauté, t. III, éd. Dupin, 1835.
Prudhomme (H.). — Code civil italien (Traduction). Paris, 1896.
Regnoli (O.). — Lezioni sulla convenzioni matrimoniali. Bologne, 1871.
Riccaud (H.). — Les régimes matrimoniaux au point de vue du droit international privé. Thèse, 1886.
Ricci (Fr.). — Corso teorico e pratico di Diritto civile, t. VI et VII, 5^e éd. Turin, 1907.
Rippert (G.). — La situation faite à la femme mariée sous les divers régimes matrimoniaux (Cours de droit civil approfondi professé en 1921-1922).
Roguin (E.). — Le régime matrimonial (Traité de droit civil comparé, t. II. Paris, 1905).
Rugemini (P.). — La hipoteca legale della dote in antinomia coll'articolo, 1369, n° 4, del codice civile. Bologne, 1888.
Samama (R.). — Du régime matrimonial en droit international privé. Thèse Paris, 1908.
Salvioli (G.). — Storia del diritto italiano. Torino, 1921.
Scalamandré (G.). — Il Digesto italiano, v. XXI, parte II.
Solmi (A.). — La storia del diritto italiano. Rome, 1922.
Stolfi (N.). — Diritto civile, t. I et V. Torino, 1921.
Thaller (E.) et Percerou (J.). — Traité élémentaire de droit commercial, 5^e éd. Paris, 1916.

RECUEILS DE JURISPRUDENCES ET REVUES CITÉS

- Gli Anali de la Giurisprudenza Italiana, 1866-1907.
L'Archivio giuridico, 1868-1910.
Il Circolo giuridico, 1869.
Il Filangieri, 1876.
Il Foro cataneze.
Il Foro italiano, 1876.
Il Foro siciliano.
La Gazzeta di Procuratore.
La Giurisprudenza di Catania, 1871.
Giurisprudenza italiana (ancien Raccolta Bettini), 1850.
La Giurisprudenza torinese, 1864.
La Legge, 1861-1912.
Dalloz.
Sirey.
La Rivista del diritto civile, 1909.
La Rivista di diritto commerciale, 1903.
La Revue trimestrielle de Droit civil.

AVANT-PROPOS

De tout temps le contrat de mariage a attiré l'attention du législateur et a toujours été considéré comme l'un des actes les plus importants de la vie. Un ingénieux écrivain l'a défini : *La charte constitutionnelle du foyer domestique*.

Le contrat de mariage est complexe et peut revêtir des formes diverses parce qu'il a pour but la sauvegarde de multiples intérêts, moraux et matériels, tant de la société que de la famille (1).

Il faut donc qu'ils tiennent ces divers intérêts en équilibre stable, tout en restant assez souple pour pouvoir suivre de près le progrès de la société moderne sans cependant méconnaître les habitudes et les coutumes du pays.

Un tel contrat qui peut être le point de départ d'une très brillante fortune pour les futurs époux, ou au contraire l'origine de leur ruine (2), mérite d'être minutieusement étudié, non seulement au point de vue du droit national comme on l'a déjà fait, mais aussi au point de vue du droit comparé.

En effet, le législateur peut, en tenant compte de ce qui se passe chez les peuples voisins, améliorer plus vite et avec plus de certitude les institutions nationales. Il peut tirer un incontestable profit de toutes les dispositions législatives étrangères et de leurs applications, surtout lorsqu'il s'agit de peuples ayant une même origine.

1. Ripert (G.), *op. cit.*

2. Folleville D. (de), *Traité du contrat pécuniaire de mariage et des droits respectifs des époux quant aux biens*, vol. I, p. 7.

Cet argument suffit, croyons-nous, pour justifier notre désir de mettre en lumière, avec nos modestes moyens, les différences qui existent entre les régimes matrimoniaux de deux pays latins.

* * *

Nous disons « des différences » puisqu'en réalité on ne peut parler que de différences. Il y a en effet, entre les deux codes que nous avons à comparer une proche parenté. La législation française, introduite en 1808 en Italie par la conquête napoléonienne a été, il est vrai, abolie presque partout après la Restauration (1). Mais cette courte application de notre législation, a suffi à laisser dans toutes les provinces de la future Italie, le goût de la codification.

Les anciennes lois ne répondaient plus aux nouveaux besoins de la Société. Les gouvernements sentirent alors la nécessité de doter leur pays d'une législation nouvelle. A l'exception des régions tombées sous la domination de l'Autriche, les autres ne purent que s'inspirer des codes Napoléon. C'est ainsi que le royaume de Naples, le duché de Parme, Piacenza et Guastala, le duché de Modène, le royaume de Sardaigne, eurent chacun leur Code civil fait à l'imitation plus ou moins fidèle du Code Napoléon (2).

Leur existence fut assez longue pour que l'expérience législative soit acquise à l'époque de la formation du royaume d'Italie.

Sans entrer dans les détails d'élaboration du nouveau Code civil italien, nous observerons seulement, qu'il a eu comme point de départ les codes en vigueur à cette époque dans le pays, codes qui d'ailleurs avaient entre eux beaucoup de ressemblance. Le législateur a, en outre, tenu compte des régions de droit coutumier,

1. Ferrara F., *Tratta di diritto civile italiano*, p. 168.

2. Oskoli A., *l'Evolution du droit privé en Italie de 1869 à 1919*.

comme la Toscane, et des progrès doctrinaux italiens et étrangers. Il ressort, par conséquent, que le Code Napoléon est, comme disent les auteurs italiens, le grand-père du Code civil de 1865. Cependant on trouve dans le Code italien de notables améliorations et des retouches au texte original français. On a de la sorte corrigé des formules imprécises, résolu des controverses de la doctrine française, comblé quelques lacunes ; enfin, on a fait des réformes importantes en différentes matières et notamment en ce qui concerne les rapports patrimoniaux entre conjoints.

Ce sont justement ces transformations plus ou moins profondes que nous essayerons de mettre en relief au fur et à mesure qu'elles apparaîtront au cours du développement de cette étude, de transformations qui pour la plupart, nous semblent constituer des améliorations par rapport au Code civil français.

Nous nous bornerons à comparer les deux législations en vigueur seulement quant à leurs différences en matière de régimes matrimoniaux. Nous laisserons donc de côté tout ce qui est commun aux deux codes ainsi que toute institution française sans correspondant dans le droit italien, comme par exemple celle des différentes sortes de communauté non permises en Italie, la dot incluse dans une parapherne.

Quant à la méthode suivie, nous avons adopté celle de la comparaison par régime : c'est celle qui nous a parue la plus claire.

DES DIFFÉRENCES
ENTRE LES
CODES CIVILS FRANÇAIS ET ITALIEN
RELATIVEMENT AUX
RÉGIMES MATRIMONIAUX

CHAPITRE PREMIER
DU CONTRAT DE MARIAGE EN GÉNÉRAL

SECTION I

1^o Généralités. 2^o Significations différentes des mots
« contrat de mariage ». 3^o Contrat de mariage des incapables

1^o **Généralités.** — Le contrat de mariage occupe, dans les deux codes que nous comparons, la même place : le titre V du livre III. Ce titre porte comme rubrique dans le Code français. « Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux. » Il aurait fallu, pour donner une notion complète de l'institution, ajouter les mots : « quant aux biens » (1). Le législateur italien en intitulant la même matière tout simplement : « Le contrat de mariage » a été encore moins bien inspiré ; cette rubrique plus large que la rubrique française, est d'autant moins exacte.

Le Code civil italien place au début des dispositions générales relatives à notre contrat l'article 1378 ainsi conçu :

1. D. de Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage et des droits respectifs des époux quant aux biens*, v. 1, p. 7.

« L'association conjugale, relativement aux biens, est réglée par les conventions des parties et par la loi. »

Quoique plus laconique que son correspondant français (l'art. 1387 C. c.), cet article offre une définition exacte du contrat de mariage en indiquant l'influence déterminante des conventions des parties et de la loi sur le contenu dudit contrat.

2° **Significations différentes des mots « contrat de mariage ».** — Sous l'empire du Code civil français, l'expression contrat de mariage, dit M. Bianchi (1) a une signification bien différente de celle qu'on doit lui attribuer d'après le Code civil italien. En effet, à cause de l'existence de la communauté légale, ladite expression sert en France à indiquer, tantôt le contrat expressément conclu, tantôt le contrat de mariage tacite, ce dernier étant d'ailleurs le plus fréquent. En Italie, au contraire, la même expression indique surtout le contrat formellement stipulé, par lequel les époux peuvent constituer la dot ou la communauté d'acquêts, ou les deux ensemble. A défaut de stipulation, on peut dire qu'il y a contrat, mais un contrat tacite par lequel les rapports patrimoniaux des conjoints ne subissent pas, comme il arrive en France, de modifications profondes. Chaque époux conserve la propriété, l'administration et la jouissance de son patrimoine. Entre ceux-ci il y a une séparation complète d'intérêts, et la loi se borne à établir seulement quelques dispositions absolument indispensables dont la principale est la contribution des époux aux charges de la famille. L'auteur termine son exposé par la phrase suivante :

« Tous ces droits et obligations (dans la séparation des biens), qui ressortent directement de la loi, constituent un contrat tacite bien différent de celui qui résulte du Code civil français. »

Observons tout d'abord que la dénomination de contrat de mariage appliquée à l'ensemble des régimes ma-

1. *Del contratto di matrimonio*. Napoli, 1891.

trimoniaux n'est pas exacte. « Le contrat de mariage, dit M. Planio! (1) n'est que l'acte qui règle le régime des biens entre époux et souvent il manque ; la majorité des gens qui se marient ne fait point de contrat. Et cependant le régime matrimonial n'en existe pas moins. » De sorte que les deux notions : régime et contrat de mariage, peuvent être représentées par deux sphères concentriques de rayons différents, la sphère du régime étant plus grande. Il est tout au moins surprenant que législateurs et juristes italiens continuent à assimiler les deux notions. Le mot régime n'est jamais employé dans le Code civil italien, et presque inusité dans le langage juridique. Toujours à cause de cette assimilation le juriste italien est forcé d'employer l'autre expression également inexacte, le contrat de mariage tacite, pour remplacer la notion de régime légal.

Mais à part la partie critiquable que nous venons de signaler, le système italien présente un avantage au point de vue simplicité et clarté dans les débats judiciaires. En effet, on peut stipuler par contrat soit une constitution de dot (2), soit une communauté d'acquêts, seule admise en Italie, soit les deux en même temps.

Si aucune de ces trois conventions n'est intervenue, il y a toujours la séparation de biens avec les droits et obligations prévus par la loi (3).

Les choses sont plus compliquées en France, où la simple constitution de biens en dot ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans le contrat de mariage une déclaration expresse à cet égard (art. 1392 C. c.), et où on applique au régime sans communauté les dispositions de la communauté légale.

3° Contrat de mariage des incapables. — Les mineurs, les personnes pourvues d'un conseil judiciaire,

1. *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, n° 763.

2. Toutes les fois qu'on parle de dot dans le contrat, il y a en Italie régime dotal.

3. Bianchi, *op. cit.*, n° 17.

les interdits, ont-ils en Italie la même capacité de faire leur contrat de mariage qu'en France ?

Voyons les différences pour chaque catégorie séparément.

a) *Mineurs*. — Les dérogations au droit commun de la minorité énoncées dans l'article 1398 du Code civil français, article qui traduit l'adage : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, sont passées presque sans déformation dans l'article 1386 du Code civil italien.

Rappelons que l'article 2140 du Code civil français interdit à la femme mineure de consentir à la réduction de son hypothèque légale. Cette exception apportée à l'article 1398 n'a pas d'équivalent dans le Code civil italien, de sorte que l'article 1982 de ce Code, énonçant d'une manière générale la possibilité de restreindre l'hypothèque légale à un nombre déterminé d'immeubles appartenant au mari, a implicitement consacré le même droit pour la femme mineure. Par conséquent, sur ce point, sa capacité est plus grande que celle de la femme mineure française.

Cependant, la doctrine et la jurisprudence italiennes, se basant sur les mots « stipulations et donations qui peuvent être faites dans le contrat de mariage » de l'article 1386 (1), sont d'accord pour refuser au mineur, futur mari ou future épouse, la possibilité de renoncer à un héritage ou de donner quittance d'un paiement dans le contrat nuptial (2). Donc, sur ce point, la capacité du mineur italien est plus réduite que celle du mineur français.

b) *Personnes pourvues d'un conseil judiciaire*. — En

1. Article 1386 du Code civil italien : « Le mineur capable de contracter mariage est légalement capable de donner son consentement pour toutes les stipulations et donations qui peuvent être faites dans son contrat de mariage, lesquelles sont valables s'il a été assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. »

2. Bianchi, *op. cit.*, n° 25 ; Orazio Sechi, *Contrattodi matrimonio (Il Digesto Italiano, t. VIII³, parte II, Torino, 1898-1900)*.

France ces personnes n'ont pas besoin d'être assistées par leur conseil judiciaire pour contracter mariage. Tel est le principe (art. 499 et 513 à *contrario*). Mais la question de savoir si l'assistance du conseil judiciaire était ou non nécessaire pour régler les conventions matrimoniales, a fait l'objet d'un long désaccord entre la Cour de cassation et les cours d'appel. Aujourd'hui la jurisprudence admet que l'assistance du conseil judiciaire n'est requise que pour les aliénations dépassant les limites prévues par le régime de la communauté légale (1).

Cette lacune regrettable de la loi française a été comblée par le législateur italien au moyen de la disposition suivante qui fait l'objet de l'article 1387 : « Pour la validité des stipulations et donations faites dans le contrat de mariage par celui contre lequel il a été prononcé une sentence ou seulement introduit une instance en interdiction partielle, l'assistance du curateur qui sera nommé à cet effet est nécessaire. » Le conseil de famille doit donc nommer un curateur spécial dans tous les cas, indifféremment que l'interdiction ait été déjà prononcée ou que la demande ait été seulement introduite.

La disposition de l'article 1387 est une heureuse innovation du législateur. Il n'y a rien d'analogue en France ou dans les anciens codes d'Italie.

c) *Interdits*. — La loi française étant muette, la doctrine et quelques décisions des tribunaux en tirent ces conséquences, que l'interdit judiciaire est capable de contracter mariage, et que le contrat nuptial doit être conclu d'après le droit commun, c'est-à-dire par le tuteur de l'interdit et non par lui-même (2).

En Italie la solution acceptée est l'opposée. L'inter-

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 38.

2. Colin et Capitant, t. I, p. 593 et t. III, p. 39 exigent au contraire la présence de l'interdit aux discussions des clauses du contrat, ou au moins que le tuteur soit muni d'une procuration spéciale donnée par l'incapable.

dit pour infirmité mentale ne peut pas contracter mariage et ne peut donc, par voie de conséquence, faire le contrat de mariage (1). Il est donc à remarquer qu'en ce qui concerne le contrat de mariage des incapables, le législateur italien a résolu les difficultés et les controverses qui existent en France, réalisant ainsi une notable amélioration.

SECTION II

Liberté des conventions matrimoniales **Restrictions au principe**

1^o Clauses prohibées dans le contrat de mariage. 2^o Immutabilité des conventions matrimoniales

Les articles 1378 du Code civil italien et 1387 du Code civil français énoncent le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Cette liberté de contracter, plus grande pour le mariage que pour toute autre convention, souffre néanmoins quelques limites imposées par la loi, en dehors des conditions normalement requises pour l'existence et la validité d'un contrat.

Ces restrictions peuvent être classées en deux catégories : la première englobe toutes les clauses prohibées dans le contrat de mariage ; la seconde est constituée par le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

1^o **Clauses prohibées dans le contrat de mariage.**
— Ces clauses sont prévues par l'article 1388 du Code civil français et de l'article 1379 du Code civil italien (2).

1. Bianchi, *op. cit.*, n^o 30.

2. Article 1379 du Code civil italien : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits qui appartiennent au chef de famille, ni à ceux qui sont attribués par la loi à l'un ou à l'autre époux, ni aux dispositions prohibitives contenues dans le présent code. »

En laissant de côté tout ce qui est commun aux deux législations, nous exposerons succinctement leurs différences sur les points suivants :

- a) Restriction formulée dans l'article 1381 italien répondant à l'article 1390 du Code civil français ;
- b) Puissance paternelle ;
- c) Institution contractuelle ;
- d) Vente entre époux ;
- e) Autorisation maritale.

a) *Restrictions formulées dans l'article 1381 italien.* — « Il n'est pas permis aux époux — dit cet article — de stipuler d'une manière générale que leur mariage sera réglé par des coutumes locales ou par des lois auxquelles ils ne sont pas légalement (1) soumis. »

Il en résulte clairement la prohibition de stipuler d'une manière générale que l'association conjugale sera réglée par des lois étrangères. Cette rédaction, comme on le voit, est meilleure que celle de l'article 1390 français où l'interdiction ne concerne pas les régimes usités à l'étranger. Les époux français peuvent donc se reporter à un régime d'un autre pays. Bien entendu, cette référence ne serait valable qu'autant que les dispositions de la loi étrangère ne sont pas en contradiction avec les dispositions prohibitives édictées par la législation française ; la lacune n'en est pas moins grave, car elle peut donner lieu à des difficultés d'ordre pratique.

b) *Puissance paternelle.* — Le mari ne peut pas renoncer par contrat de mariage ou autrement, à l'exercice de la puissance paternelle. Mais tandis qu'en France la puissance paternelle appartient à la fois aux père et mère, en Italie ce n'est qu'au mari que la loi l'accorde, sauf les cas où il se trouve dans l'impossibilité de l'exercer, ou en est déchu : c'est alors seulement

1. M. Bellaviste, *Contratto di matrimonio*, p. 8, n° 2, tient comme parfaitement inutile le mot « légalement ».

que la puissance paternelle passe entre les mains de la femme (1).

De plus, l'administration légale subsiste en Italie, même après la dissolution du mariage ; elle ne change pas de caractère comme en France, et appartient au conjoint survivant (2).

e) *Institution contractuelle*. — Toujours en ce qui concerne le contenu du contrat de mariage et les clauses interdites par la loi, il faut mentionner la disposition de l'article 1381 du Code civil italien (1389, C. c. fr.) qui interdit aux époux toute convention ou renonciation qui tende à changer l'ordre légal des successions. La prohibition des pactes sur succession future est donc absolue. Aucune exception à la règle n'est permise : sont interdites même les institutions contractuelles admises par l'article 1389 français. Le législateur italien, très sévère comme nous venons de le voir, est au moins logique avec lui-même, car toutes les institutions contractuelles portent atteinte à l'ordre légal des successions. Le système italien, étant d'autre part plus simple, beaucoup de difficultés sont écartées, et ceci n'est pas à négliger. Il est vrai que le même code permet les gains de survie (*i lucri dotali*). Mais en cette matière les limites assez étroites qui ont été conservées par les traditions, font qu'on ne peut pas les considérer comme méconnaissant l'ordre légal des successions (3).

d) *Vente entre époux*. — Il est assez curieux de constater que le législateur ne se soit pas inspiré sur ce point de la loi française. La vente entre époux est toujours valable en Italie. M. Roguin croit que « des lois qui interdisent même la donation révocable — et c'est précisément le cas de la loi italienne — demeurent libres,

1. Le vocable d'autorité parentale qu'on propose en France comme plus correct que la traditionnelle « puissance paternelle » ne pourra donc pas être employé logiquement en Italie.

2. Prudhomme, H. C. c. italien, Paris, éd. 1896, note 1, p. 66.

3. Bianchi, *op. cit.*, n° 76.

rationnellement parlant, d'autoriser ou d'exclure la vente » (1). Ce raisonnement ne nous semble pas très heureux. Pour être logique, nous croyons que le législateur italien aurait dû prohiber cette sorte de vente. En effet, à quoi bon interdire les donations entre époux si on permet de tourner la prohibition par des ventes simulées ? Le fait que le tribunal devait autrefois autoriser la vente, aussi bien que tout acte où il y avait opposition d'intérêts entre époux, ne constituait qu'une garantie relative, la bonne foi du juge pouvant être trompée par l'entente des époux.

Et aujourd'hui le système italien est encore plus imparfait, et en opposition avec la prohibition des donations, que d'après la nouvelle loi du 17 juillet 1919, l'autorisation de la justice n'est plus nécessaire, même dans le cas où il y a opposition d'intérêts entre les époux, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant.

e) *L'autorisation maritale.* — Cette institution a été abolie en Italie par une loi récente du 17 juillet 1919 (2). Cependant nous croyons qu'une comparaison succincte entre l'autorisation maritale, telle qu'elle a existé auparavant en Italie, et l'autorisation maritale française ne serait pas dépourvue d'intérêt.

Des deux idées qui forment le fondement de l'autorisation maritale française : l'autorité du mari, chef de la famille, et la protection de la femme, le Code civil italien a maintenu seulement la première. De là, d'importantes conséquences qui constituent autant de différences avec l'autorisation française. En voici les plus remarquables :

Le mari avait la faculté d'accorder à sa femme une autorisation générale, sans pouvoir renoncer cependant à son droit de révocation.

1. Roguin E., *Traité de droit civil comparé. Le régime matrimonial*, t. II, p. 80-89.

2. Cf. Capitant, *Annuaire de Législation étrangère*, 1919.

D'autre part, la nécessité de l'autorisation par la justice était supprimée pour la femme, toutes les fois que le mari était dans l'impossibilité physique ou morale d'exercer son autorité, parce que d'après les dispositions positives du Code italien, le juge ne suppléait pas à l'incapacité du mari. Pour sauvegarder ses intérêts, la femme était obligée de demander l'assistance de la justice, chaque fois qu'il s'agissait d'un acte où ses intérêts se trouvaient en opposition avec ceux du mari.

Et pourtant, même ainsi restreinte, l'autorisation maritale n'a pas été acceptée sans des longues discussions (1).

La plupart des orateurs de la chambre élective étaient favorables à la suppression de l'autorisation. Le garde des sceaux, Pisanelli lui-même, déclara « cette institution d'importation étrangère est inutile quand les époux sont d'accord et, dans le cas contraire, elle est bonne à servir de prélude dans une instance en séparation de corps ». Mais l'autorisation fut néanmoins adoptée par ce motif que les termes de la loi du 2 avril 1865 ne permettaient pas d'apporter au projet une modification aussi importante.

Mais l'institution était vouée à la disparition du fait que la séparation de biens, régime qui laisse toute liberté de mouvement à chaque époux, était devenu le régime légal italien. De sorte que, la loi du 17 juillet 1919, en abrogeant l'autorisation maritale, n'a fait que suivre le chemin déjà tracé par le Code civil lui-même.

L'abolition de cette institution a été d'ailleurs justifiée du fait qu'elle ne correspond plus, de nos jours, aux conditions sociales des peuples civilisés. Elle servait en Italie, comme ailleurs, presque exclusivement au débiteur de mauvaise foi, comme un moyen de frustrer les créanciers naïfs. Un exemple typique et récent en est donné par la Cour de cassation de Rome, dans un arrêt du 13 février 1919 (2). M. Stolfi fait néanmoins quelques

1. Stolfi, *op. cit.*, p. 314.

2. *Rivista di diritto comm.*, 1919, II^e partie, p. 236, avec une note de M. Bolaffio.

judicieuses critiques à la loi. Non seulement, dit l'auteur, avec le pouvoir rétroactif de la loi on a peut être dépassé la juste limite, mais on peut observer une contradiction entre l'affaiblissement du principe que le mari est le chef de la famille, et les droits excessifs, non tempérés par la loi de 1919, qui appartiennent de par la loi au mari dans la communauté de biens. De sorte que par cette loi on a fait à la fois trop et trop peu.

On aurait pu, d'autre part, pour tempérer la rigueur de l'abrogation de l'autorisation maritale, accueillir la proposition contenue dans le dernier article du projet Scialoja, lequel permet la constitution d'un patrimoine de la femme mariée destiné à la famille et déclaré inaliénable au moins en partie, patrimoine qui est administré par celle-ci et dont elle recueille les fruits ; il y a là un tempérament nécessaire contre une dissipation éventuelle de la part de la femme.

2° Immutabilité des conventions matrimoniales. — L'irrévocabilité des conventions matrimoniales intervient seulement après la célébration du mariage autant en France qu'en Italie. Des modifications peuvent donc être apportées au futur contrat jusqu'au moment où il devient irrévocable. Les conditions requises pour la validité des contre-lettres sont les mêmes dans les deux codes (1383, C. c. fr., 1396, C. c. italien) et M. Bianchi (1) se félicite que les sages dispositions françaises aient été adoptées par le législateur italien. Une différence existe cependant. En effet, l'article 1384 italien s'exprime en des termes autres que ceux employés par son répondant français (1387, C. c.). Il dit : « Tout changement ou contre-lettre quoique revêtu des formes prescrites dans l'article précédent, demeure sans effet à l'égard des tiers, si en marge ou au bas du contrat (2) de mariage il n'a

1. *Op. cit.*, n° 55.

2. Huc, dans sa traduction du Code civil italien, traduit, certainement par inadvertance, la partie qui nous intéresse de l'article 1384 par : «... si en marge et au bas de la minute du contrat de mariage... », ce qui serait identique à la disposition du

été fait une annotation indiquant l'acte qui contient le changement ou la contre-lettre... »

Il n'exige donc pas, comme le fait la disposition française de l'article 1397, que les changements soient « rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage;.. »

La simplification a été admise en Italie à cause d'une réglementation différente de la réglementation française, et pour plus de célérité (1). Quoi qu'il en soit, une fois la célébration du mariage accomplie, l'immutabilité des conventions matrimoniales entre en vigueur. Cette règle est consacrée législativement et presque dans la même forme par les deux codes (1395 fr., 1385 it.). Nous connaissons les arguments invoqués pour justifier cette restriction à la liberté des conventions, restriction cependant bien gênante (2). Ce sont : le caractère de pacte de famille qui ressort du contrat de mariage ; la protection de la femme contre les tentatives du mari qui voudrait échapper aux clauses du contrat ; enfin, et surtout, la nécessité de sauvegarder les intérêts des tiers qui pourraient autrement se trouver en face de modifications nuisibles à leurs intérêts. Pour l'Italie, on doit y ajouter l'argument spécial de la prohibition des donations entre époux. En effet, sans l'immutabilité, les conjoints pourraient aisément éluder ladite prohibition par une clause insérée après coup dans le contrat de mariage.

Cette justification spéciale à l'Italie, disparue en France avec la rédaction du Code civil seulement, est peut-être la plus importante de toutes. Elle donne au système italien plus de cohérence que la législation française, car les mêmes raisons qui militent en faveur de la prohibition des changements des conventions matrimoniales, peuvent être invoquées pour interdire les donations entre époux durant le mariage. Maintenir l'immutabilité et permettre les donations entre époux,

Code civil français. Or, la rédaction italienne du Code et le commentaire de Bianchi prouvent le contraire.

1. Bianchi, *op. cit.*, n° 76.

2. V. Collin et Capitant, t. III, p. 29 pour la critique.

c'est un système critiquable ; c'est le système français. Il faudrait, pour être logique, ou bien admettre l'ancienne organisation d'avant le code, en vigueur présentement en Italie, ce qui serait faire un pas en arrière, ou bien renoncer à l'immutabilité des conventions matrimoniales, ce qui serait à la fois logique et utile. Logique, parce que les donations entre époux sont permises en France, utile, parce que cela permettrait aux époux d'accommoder pendant le mariage, le régime matrimonial aux circonstances imprévues au moment de son adoption.

CHAPITRE II

LE RÉGIME LÉGAL

Les rédacteurs du Code civil italien, comme ceux du Code civil français, ont jugé utile de pourvoir à la réglementation de plusieurs régimes matrimoniaux.

Le titre V du Code civil français est partagé en trois chapitres : dispositions générales ; du régime de communauté ; du régime dotal. Le second chapitre se divise à son tour en deux parties dont la première porte comme rubrique « De la communauté légale ».

Le titre V du Code civil italien est partagé, lui, en quatre chapitres : dispositions générales ; de la dot ; des biens paraphernaux ; de la communauté des biens entre époux (1). Aucun de ces chapitres ne contient d'indications expresses sur le régime légal. Beaucoup de juristes de l'école allemande (2) soutiennent l'absence d'un tel régime en droit italien. Huc et Orsier s'ap-

1. En Italie on doit toujours employer l'expression entière de « communauté de biens entre époux » pour ne pas la confondre avec la « comunione di beni » qui est une sorte d'indivision de biens sans rapport avec le régime en question.

2. M. Roguin E., *op. cit.*, p. 611.

puyant sur les paroles prononcées devant le Sénat par le garde des sceaux Vacca, à savoir, qu'en pareille matière il faut se placer « sur le terrain neutré de la liberté », partagent cette opinion (1).

L'article 1425 du Code civil italien déclare : « Sont paraphernaux tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot. Il semble donc que la paraphernalité doit être le régime légal. Mais, ajoutent les auteurs, le but de tout régime matrimonial (légal ou non), est de déterminer la contribution de la femme aux charges du ménage, ce qui ne résulte pas de la loi italienne, où la contribution découle de l'application des principes de droit naturel. Ce raisonnement ne nous touche pas. La question des charges n'a aucune importance dans l'existence du régime. Si le système qui détermine la contribution aux charges du ménage est plus juste en Italie qu'en France, il n'en est pas moins vrai que le régime de la paraphernalité existe en Italie (2). Mais est-il le régime légal ? Oui, répond la très grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence italienne (3). Le législateur a procédé par voie d'exclusion. En effet, le régime de la paraphernalité existe toutes les fois qu'une dot n'a pas été constituée (art. 1425 Code civ. it.) ou qu'une convention de communauté d'acquêts n'a pas été stipulée dans le contrat de mariage (art. 1434 même code). Et comme ce dernier régime est très rarement choisi, on peut dire que le Code civil italien, promulgué le 25 juin 1865, a maintenu dans ses grands traits le système matrimonial de la législation romaine, c'est-à-dire le régime

1. Huc et Orsier, *le Code civil italien et le Code Napoléon*, t. I, p. 258; voir aussi Gianzana, *Relazione*, t. I, p. 316 qui dit : «... il (le projet) n'admet pas en cas de silence des contractants le tacite régime légal, qu'il soit dotal ou communautaire. » De la même opinion Boissonade, cité par Huc, p. 261.

2. Deglin E. H., *le Contrat de mariage en droit comparé et en droit international*. Thèse Nancy, 1883.

3. Bianchi, *op. cit.*, n° 4.

de séparation de biens avec possibilité de constituer une dot inaliénable (1).

Nous nous trouvons donc en présence de deux conceptions législatives opposées : la conception française avec la détermination expresse d'un régime matrimonial de droit commun ; la conception italienne, avec le silence de la loi. Laquelle des deux doit être préférée ?

La question a été débattue dans la séance précitée (v. note 1) du Congrès international de droit comparé de 1900, où M. Lévy-Ullmann, professeur à la Faculté de Droit de Paris, rapporteur général de la Section de Droit civil, a exposé les avantages et les inconvénients de l'un et l'autre système. La principale objection qu'on puisse faire au régime légal, disait M. Lévy-Ullmann, est « qu'il suppose chez ces conjoints l'intention d'adopter un régime que, pour la plupart du temps, ils ignorent... ». Nous avouons que même ce grief ne nous semble pas très grave par rapport aux grands avantages que comporte le régime légal expressément déclaré par la loi, à savoir : de sauvegarder les intérêts des tiers, des créanciers, et d'empêcher de nombreuses fraudes, possibles dans le système opposé. Le président constate ensuite que le sentiment général de la séance est favorable à un régime de droit commun expressément énoncé par la loi.

La communauté des meubles et acquêts pour la France, la séparation des biens entre époux, pour l'Italie, voilà les deux régimes légaux qui se trouvent face à face dans notre comparaison. Il est presque superflu

1. Roguin, p. 632. — Dans la séance du 3 août 1900 du Congrès international de droit comparé tenu par la section de droit civil ayant comme sujet : « Le régime matrimonial de droit commun », le président de la séance, M. Betoiant, a fait remarquer que, quel que soit le silence de la loi à cet égard, il y a toujours et forcément un régime des biens entre époux ; s'il n'y a pas de régime légal, il y a un régime organisé par la jurisprudence. M. Charmont ajouta que dans cette situation on se trouve en fait et légalement en face d'une séparation de biens. V. *Procès-verbaux*, I, 127 s.

de dire vers lequel vont nos préférences. Tout le monde reconnaît sans restriction aucune, le profond désaccord qui existe entre le régime de droit commun français et la marche de la vie moderne. On ne peut plus voir dans le mari l'ancien « maître et seigneur » de la communauté, ni concevoir que la femme n'a qu'un simple « droit d'espérance » ! Et beaucoup sont acquis à l'idée de la supériorité de la séparation des biens sur le régime actuel de droit commun français. Une discussion n'est guère possible qu'entre les autres sortes de communauté et la séparation de biens.

Jusqu'en 1919 le Code civil italien avait un grand défaut. Il n'était pas logique en ses principes, car il maintenait l'incapacité de la femme mariée dans un régime légal de séparation de biens ce qui est une contradiction évidente. La loi du 17 juillet 1919 ayant abrogé l'autorisation maritale a corrigé ce défaut, de sorte que la législation italienne est maintenant non seulement logique, mais capable de suivre l'évolution de la vie sociale. Nous marchons avec rapidité vers l'affranchissement de la femme dans tous les domaines, et nous ne voyons pas de raisons sérieuses pour mettre des entraves à cette marche. On doit donc soumettre les époux, qui n'ont pas fait de contrat de mariage, à un régime adéquat, et le régime de la séparation de bien nous semble le plus satisfaisant (1).

« Dans la conception moderne le mariage est une association formée entre deux êtres égaux et indépendants, dans le but de supporter à deux les charges de la vie et de fonder une famille ; leurs droits sont identiques, et il ne peut pas être question de subordination

1. D'ailleurs, l'Italie n'est pas le seul pays où l'égalité entre mari et femme est reconnue législativement. L'Angleterre et les Etats-Unis l'ont précédée dans cette voie. En Danemark, en Suède, en Norvège, en Allemagne, ce mouvement ascensionnel est en cours d'accomplissement. V. dans *Procès-verbaux*, t. II, p. 141 s. le rapport présenté au Congrès international de droit comparé par M. Aftalion.

de l'un sans l'autorité de l'autre. Pour une telle conception un seul régime est concevable, celui de la séparation des biens (1). »

D'ailleurs, même en France, pays de communauté par excellence, on a essayé de donner plus de liberté à la femme, dans le cadre même de la législation en vigueur (2). C'est alors que sont intervenues les différentes lois sur les Caisses d'épargne, les lois de guerre en faveur de la femme et surtout la loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage. Mais cette loi n'est plus dans l'esprit du code. « Il y a, disent MM. Colin et Capitant (3) une contradiction foncière et irrémédiable entre le régime de communauté et le principe nouveau — principe auquel appartient l'avenir — apporté par la loi de 1907. »

On observe donc dans le monde civilisé, une tendance universelle vers la capacité complète de la femme mariée, et ce mouvement entraînera nécessairement l'emploi, sur une échelle de plus en plus grande, de la séparation de biens autant comme régime conventionnel que comme régime légal (4).

1 Garrigues E., *De la séparation des biens envisagée comme régime matrimonial légal*. Thèse Lyon, 1909, p. 122.

2. Ripert (G.), *op. cit.*

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 8.

4. Il est étonnant que quelques auteurs italiens de valeur demandent pour l'Italie la communauté universelle d'acquêt, comme régime légal (Bianchi, *op. cit.*, n° 12; Piola, n° 6, p. 753; Stolfi, n° 280, 389, note 3). Mais pour nous, la loi du 17 juillet 1919 est la meilleure preuve que les aspirations du pays vont dans l'autre sens.

CHAPITRE III

LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

SECTION I

1^o Généralités. — Les rédacteurs du Code Napoléon ont conservé à la communauté son ancienne structure sauf la modification restrictive apportée au droit de disposition du mari. Si celui-ci ne peut donner aujourd'hui les effets mobiliers au profit d'une personne quelconque qu'à titre particulier, cette restriction est largement compensée par l'accroissement de la richesse mobilière. Depuis lors, seule la loi du 13 juillet 1907 a apporté une transformation véritablement profonde à l'ancienne communauté.

En Italie, le projet Pisanelli, sauf quelques modifications nécessaires pour maintenir la coordination entre les dispositions du futur code et le reste de la législation, a reproduit les règles de la communauté trouvées dans le Code Albertin. Le rapport ministériel, pour justifier le système ainsi adopté, après avoir montré comment ce régime est né en France par une déviation de l'idée d'association qui agita puissamment les masses : association de communes, de bourgeois, de maîtres ouvriers, des serfs de la terre, etc., ajoute que la communauté a été introduite en Italie par la conquête napoléonienne, mais qu'elle n'a pu s'implanter parce qu'elle était contraire aux traditions et aux coutumes du peuple italien (1).

Cette argumentation explique pourquoi l'extension de la communauté de biens entre époux, vue avec défaveur par le législateur italien, a été enfermée par des dispositions impératives dans des limites très étroites : la communauté universelle d'acquêts. Elle explique encore pourquoi cette dernière n'a pas été élevée au rang de régime légal, de sorte qu'elle doit être stipulée

1. Giansana, *Relazione*, n. 167.

expressément dans le contrat de mariage. Etant donnée la psychologie différente des rédacteurs des deux codes quant à la communauté, on comprend aisément que les différences entre les deux systèmes soient profondes. On peut dire, avec M. Stolfi (1) qu'il n'y a pas de vraie communauté en Italie ; mais on doit repousser l'opinion de certains auteurs, notamment MM. Barassi, Bianchi, Messineo, qui affirment que le régime prévu par le code est resté lettre morte. M. Stolfi fait état des jurisprudences qu'on trouve dans les répertoires annuels, pour mettre en doute l'affirmation des auteurs ci-dessus cités.

Quant à la diffusion de ce régime, on ne peut rien affirmer : aucune statistique n'existant sur ce point en Italie.

2° Nature juridique de la communauté. — Beaucoup d'opinions ont été émises sur ce sujet par les doctrines française et italienne. On a proposé d'y voir soit une simple indivision, soit une personne morale, soit une copropriété en main commune, soit une institution originale, soit un patrimoine au but, c'est-à-dire commun aux conjoints et destiné à subvenir aux charges du ménage analogue à la dot, soit enfin une société entre époux (2). Question très importante, car de l'interprétation qu'on accepte découle la solution d'un certain nombre de problèmes que l'institution de la communauté suscite. Sans discuter ici les arguments pour ou contre chacune des théories susmentionnées, nous nous contentons d'indiquer, que dans les deux pays la doctrine classique et la jurisprudence inclinent vers l'assimilation de la communauté à une société civile spéciale (3). Cette doctrine n'est pas exempte, bien entendu, de critiques sérieuses, car la communauté

1. Stolfi, *op. cit.*, p. 390.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 59 s. ; Stolfi, *op. cit.*, t. V, p. 397 ; Messineo, *op. cit.*, p. 130 s., etc.

3. Planiol, III, n° 767 et 761 bis ; Piola, n° 9, p. 756 ; Stolfi, t. V, p. 397 s. ; Ricci, t. VII, p. 126 ; Borsari, § 3457 ; Chironi, t. I, p. 314 s. ;

diffère de la société sur plus d'un point. Ainsi la communauté de biens entre époux, par opposition à une vraie société, ne peut plus être stipulée après un moment déterminé par la loi, à savoir, la célébration du mariage ; elle ne peut être administrée, en principe, que par le mari et on ne peut pas demander sa dissolution en dehors des cas législativement prévus. Observons que pour la France l'opposition s'accroît d'autres différences, dont la principale est le pouvoir du mari d'aliéner librement les biens communs et de payer ses dettes personnelles, même de provenance délictuelle, sans être tenu à rendre compte de son administration. C'est pourquoi nous nous rallions, au moins pour la communauté française, à la doctrine qui voit dans la communauté une institution originale, avec des traits caractéristiques qui la distinguent de toute autre institution (1).

En Italie, quoi qu'il en soit, la communauté est « substantiellement une société civile » (2). En effet, l'art. 1434 du Code civil italien dispose, qu'à défaut de conventions spéciales stipulées par les époux dans un contrat de mariage adoptant la communauté, « sont applicables les dispositions contenues au titre de la société ». Le même article ajoute que « dans tous les cas, néanmoins, on observera les dispositions suivantes », c'est-à-dire les règles insérées dans les articles 1435 à 1439 du code qui composent le chapitre sur la communauté. Il s'en suit donc, qu'en Italie la communauté est soumise successivement aux dispositions législativement consacrées pour elle et aux stipulations des parties dans le contrat de mariage. Mais il ressort encore, qu'à défaut de ces dernières, et pour résoudre des problèmes non prévus par la loi dans le chapitre de la communauté de biens

Giorgi, t. I, n° 27 ; Cass. Naples, 4 janvier 1887 (Dir. et Giur., 1887, 304 ; Cass. Palerme, 22 sept. 1892 (Circ. giur., 1897, 217) ; App. Rome, 23 mars 1905 (Pallazzo di giust., 1905, 210).

1. Colin et Capitant, t. III, p. 62 ; Meynial, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1903, p. 834.

2. Piola, *op. cit.*, n° 9, p. 756.

entre époux, on doit se rapporter au titre de la société.

D'après sa composition, la communauté ne peut être qu'une société civile universelle de gains (*guadagni*), non reconnue personne morale par aucune disposition du code. Il ne faut pas tirer de là cette conséquence que la masse commune doit se confondre avec le patrimoine du mari ; les articles 1438 et 1444 suffisent pour prouver le contraire (1). Nous le verrons plus loin.

Dans ses articles sur la communauté le code ne dit mot des droits de chaque conjoint sur la masse commune ; il n'y a pas d'article italien correspondant à l'article 1474 du Code civil français. Conformément à ce que nous avons vu ci-dessus, l'article 1717 (fr. 1853) du titre « Du contrat de Société », s'appliquera ici. Par conséquent, la part de chaque époux dans les bénéfices ou dans les pertes est proportionnelle à son apport. A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, dit le même article, sa part dans les bénéfices et dans les pertes « est réglée comme la part de l'associé qui a le moins apporté ». La Cour de cassation de Palerme (2) a jugé, qu'à défaut de détermination par les époux, la part de chacun d'eux dans la masse commune est proportionnelle à l'apport respectif ; d'où il ressort que, si l'un des conjoints n'a rien apporté, toutes les acquisitions faites pendant le mariage appartiendront à l'autre conjoint. La Cour d'appel de Turin (3) repousse avec raison cette jurisprudence. Même si l'un des époux n'apporte rien à la communauté, il a néanmoins droit à celle-ci. En effet, il faut considérer la force d'acquérir les biens, c'est-à-dire l'apport virtuel, qui est le même pour les deux époux ; les biens matériels, dont la valeur est fluctuante, constitue simplement un apport actuel, un apport cristallisé. La justesse de ce raisonnement est confirmée par l'article 1440 du Code civil

1. *Ibid.*, p. 757.

2. Arrêt du 22 sept. 1892 (Circ. giur., 1893, 217).

3. Turin, 11 mars 1872 (*Legge*, 1872, 1620).

italien (1520-1521-1525 fr.) Le législateur y prévoit les cas où les parties stipulent une participation inégale aux acquêts. Par un raisonnement *à contrario*, on déduit que le législateur considère le partage à moitié des acquêts entre époux, comme la règle normale et tellement naturelle qu'il n'a pas cru devoir le dire expressément (1).

3° **Diverses sortes de communauté.** — Les époux français, quand ils font un contrat de mariage, ont à leur disposition toute une série de communautés, de la plus restreinte : la communauté d'acquêts, jusqu'à la plus large : la communauté universelle de tous les biens. Mais, à bien examiner les choses, on remarque que les pouvoirs du mari et les droits de la femme sont toujours les mêmes ; la partie variable dans la constitution intime du régime, c'est la composition active et passive de la masse commune (2). Une pareille faculté n'est pas accordée aux époux italiens. S'ils veulent soumettre leur association conjugale au régime de la communauté, ils peuvent le faire, mais sous la condition de ne pas méconnaître la disposition impérative de l'article 1433 du code : « il n'est pas permis aux époux de contracter d'autres communautés universelles de biens que celle des acquêts... »

Le garde des sceaux Pisanelli (3) s'appuie sur un principe d'ordre moral pour motiver cette restriction : « La communauté, dit-il, est étrangère aux coutumes italiennes et si, néanmoins, elle est stipulée en quelques rares cas, cela a lieu, non pas dans l'intérêt réciproque des conjoints, mais seulement à l'avantage de l'un d'eux. Il y aurait là un jeu dans lequel l'une des parties a tout à gagner, rien à perdre, et l'autre, tout à perdre, rien à gagner. » Les arguments invoqués ne nous semblent pas très convaincants, et on peut difficilement défendre les limitations que la loi italienne impose à la

1. Piola, *supra*.

2. Confronter l'art. 1528 du Code civil français ; Planiol, t. III, n° 906.

3. Giansana, *op.cit.*, t. I, p. 110 s.

liberté de choisir son régime matrimonial. Si la communauté, quelle qu'elle soit, n'entre pas dans les habitudes du peuple italien, on ne voit pas quel danger pourrait présenter la liberté entière laissée aux époux quant à ce choix.

Nous ne croyons pas que le régime de la communauté soit immoral en raison de cette liberté, comme le prétend Pisanelli. Si cela était vrai, comment pourrait-on expliquer que la communauté a été, non seulement maintenue en France, mais introduite dans d'autres pays, soit comme régime légal, soit comme régime conventionnel ? Il est fâcheux donc, que le législateur ait cru devoir empêcher les époux d'organiser la communauté conformément à leur désir, dans les rares cas où ils auraient voulu l'adopter. Quoi qu'il en soit, d'après la législation en vigueur en Italie, seule la communauté de tous les acquêts est permise, en supposant avec un pessimisme non justifié, dit M. Stolfi (1), que c'est seulement dans cette sorte de communauté qu'un conjoint n'a pas tout à perdre et rien à gagner.

SECTION II

Principes généraux qui règlent la communauté

En France, une fois le régime de la communauté choisi, il subsiste, même si le contrat de mariage vient à être annulé. L'association conjugale sera régie en ce cas par la communauté légale. Par conséquent ce qui peut différer n'est pas le régime proprement dit, qui reste toujours la communauté, mais son étendue. Celle-ci peut devenir plus ou moins large par rapport à la communauté stipulée dans le contrat annulé.

Il en est tout autrement en Italie. La communauté de

1. Stolfi, *op. cit.*, t. V, p. 279.

biens entre époux n'existe pas sans qu'un contrat de mariage la stipule clairement. En outre des conditions nécessaires à tout contrat de mariage, d'autres conditions sont requises pour l'existence de notre régime. Ainsi, les époux italiens ne peuvent pas restreindre la masse commune à des acquisitions déterminées, parce que la communauté est, en Italie, une société universelle. Enfin, il est des conditions qui dérivent de ce fait, que la stipulation du régime a pour but de créer, pour les deux époux, une masse indivise formée des acquêts. Donc trois conditions : les acquêts seuls tombent en communauté ; les deux époux en ont la propriété ; cette propriété est indivise.

A supposer qu'une de ces conditions manque, le contrat de mariage subsiste, mais il n'est plus celui de la communauté des biens entre époux. Par exemple, la stipulation suivant laquelle des biens, autres que les acquêts, tombent dans la masse commune, est contraire à l'essence même de la communauté, et par conséquent nulle conformément aux articles 1433-1435 du Code civil italien (1). De même, la stipulation d'après laquelle la masse commune appartient à l'un des conjoints seulement, est également nulle. M. Bianchi (2) professe que cette dernière stipulation reste valable si on attribue à l'autre époux une créance égale au total de la commu-

1. Art. 1433 : « Il n'est pas permis aux époux de contracter d'autre communauté universelle de biens que celle des acquêts ; cette communauté peut être stipulée, quoi qu'il y ait une constitution dotale.

Cette convention doit être faite dans le contrat de mariage, et il ne peut être stipulé qu'elle commencera à une autre époque que celle de la célébration du mariage. »

Art. 1435 : « Ne peuvent être compris dans la communauté ni l'actif ni le passif présent des époux, ni ce qui leur serait dévolu par succession ou par donation pendant la communauté ; mais la puissance des biens tant meubles qu'immeubles, présents et futurs, des époux tombent dans la communauté. »

2. Bianchi, *op. cit.*, n° 407.

nauté (1). L'auteur pour juger la validité ou la nullité de la stipulation prend comme base l'article 1440, 2^e alinéa du Code civil italien et décide de la validité de la stipulation, selon que celui-ci a été ou non violé (2). Ce raisonnement n'est pas approuvé par M. Piola (3). La convention est ou n'est pas valable dès sa naissance, sans pouvoir changer par la suite de caractère. Les acquisitions et les dettes de la communauté d'acquêts sont toutes nées postérieurement au contrat de mariage et ne peuvent avoir, par conséquent, aucune influence sur les clauses du contrat. Mais l'erreur de Bianchi consiste surtout à s'être reporté à l'article 1440 pour se rendre compte de la validité de la convention, au lieu de juger d'après la convention elle-même, au point de vue de sa compatibilité avec l'essence de notre régime. Il aurait pu voir alors que « le forfait de la communauté » est nul en Italie, parce qu'il remplace le droit de propriété sur la masse commune de l'un des conjoints, par un droit de créance de l'un des époux sur l'autre. Or nous venons de voir, que le droit de propriété des deux époux sur les biens communs est une condition essentielle à l'existence de la communauté en Italie, et que le Code italien n'a pas de disposition équivalente à l'article 1522 français (V. note 1 de cette page).

Il existe une corrélation entre les droits de chaque époux dans l'actif et ses charges dans le passif de la communauté, tant en France qu'en Italie. Mais en France, les époux peuvent convenir (art. 1525) que la totalité de la communauté appartiendra au survivant des deux époux ou à l'un d'eux seulement, sans que cette stipula-

1. Cette opération est valable en France ; l'art. 1522 du Code civil le dit expressément en permettant ce qu'on appelle « forfait de la communauté ».

2. Art. 1440, 2^e alinéa : « Il ne pourra toutefois être stipulé que l'un des époux doit contribuer dans le passif de la communauté pour une part supérieure à celle qui lui serait attribuée dans l'actif. »

3. Piola, *op. cit.*, n^o 13, p. 758.

tion soit réputée un avantage soumis aux règles relatives aux donations. Cette disposition, tout en servant de modèle au législateur du Code Albertin, a subi quelques modifications, et, ainsi modifiée, elle a été recueillie dans l'article 1140, 1^{er} alinéa par le législateur italien moderne. Cet article est ainsi conçu : « La convention par laquelle il est stipulé, que les époux prendront des parts inégales dans les acquêts, ou que le survivant prélèvera une certaine portion, n'est pas regardé comme une libéralité sujette aux règles des donations, ni pour la substance ni pour la forme. » Quoi que cette disposition ne parle que des parts inégales et d'une certaine portion, Bianchi admet la validité de la convention qui attribue la totalité de la communauté de biens au conjoint survivant. On peut douter du bien fondé de cette affirmation, premièrement, parce que l'article 1719 italien déclare nulle la convention qui donne à l'un des associés la totalité des bénéfices, et ensuite, parce que les rédacteurs du Code, s'ils avaient voulu reproduire intégralement la conception française, auraient dû copier entièrement, et sans modification aucune, l'article 1525 du Code civil français. Or, si le législateur italien ne soumet pas aux règles de la donation la stipulation des parts inégales dans la répartition des acquêts, et celle où le conjoint survivant en prélève une certaine portion, il ne dit rien du cas d'attribution de la totalité de la communauté à l'un des conjoints. On peut donc légitimement affirmer que le législateur italien a laissé ce dernier cas soumis aux règles des donations. Il en résulte, que l'attribution totale de la masse commune à l'un des époux ou au conjoint survivant est nulle en vertu des articles 1064 et 1719 du Code civil italien (943 et 1855 du Code civ. français), parce que les acquêts sont des biens à venir par rapport au contrat de mariage, et parce que la donation des biens à venir est nulle (1).

I. V. Piola, *op. cit.*, n° 16, p. 709.

SECTION III

Composition de la communauté

1^{re} Généralités. 2^o Actif de la communauté. 3^o Propre im-
faits. 4^o Passif de la communauté. 5^o Passif propres des époux
6^o Preuve de l'actif et du passif.

1^o **Généralités.** — Rappelons que la communauté italienne est fixe. Le législateur a immobilisé dans la disposition impérative de l'article 1435, sous la forme d'une communauté universelle d'acquêts, l'élément variable de la communauté française, à savoir, la composition active et passive de la masse indivise. Nous laissons donc de côté, toutes sortes de communautés dont la comparaison n'est pas à faire faute de correspondants dans la législation italienne, et nous nous bornerons à comparer la composition de l'actif et du passif de la communauté universelle d'acquêts, seule admise par les deux législations.

En France comme en Italie, sous notre régime, l'avoir des deux époux est composé de trois masses de biens : une pour chaque conjoint contenant les biens personnels, la troisième formée par la communauté. Chacune de ces masses a son actif et son passif propre.

Le Code civil français a des dispositions précises pour la détermination du passif et de l'actif de la communauté légale. Ces dispositions, combinées avec l'article 1498 du même code (article qui détermine ce qui est exclu de la communauté d'acquêts), permettent de fixer ce qui revient à la communauté et ce qui reste en propre à chaque époux.

Le législateur italien, prenant cette fois comme exemple les codes autrichien, des deux Siciles, félicien et albertin, n'a pas introduit dans cette matière les dispositions détaillées du Code civil français. Pour savoir ce qui entre dans l'actif et dans le passif de la commu-

nauté italienne, il faut, par conséquent, se baser sur quelques dispositions fragmentaires, et faire état des principes généraux (1). Les dispositions incluses dans les articles 1435-1436 du Code civil sont essentielles pour la détermination des biens qui font partie des trois masses ci-dessus indiquées (2). L'article 1436 ne sert qu'à mieux expliquer et interpréter la pensée du législateur, exprimée dans l'article qui le précède.

2° **Actif de la communauté.** — La communauté universelle d'acquêts comporte en France comme en Italie deux éléments constitutifs : les acquêts et la jouissance des biens propres des époux. Pour les acquêts, c'est-à-dire pour « tout ce que les époux gagnent par leur travail, leur activité et leur esprit d'épargne (3) », il n'y a rien de spécial à signaler.

La jouissance des biens propres des époux. L'usufruit est le droit de jouir d'un bien dont un autre a la propriété; usufruit et jouissance sont donc des synonymes.

Toutefois, on dit que la communauté a l'usufruit des biens propres des conjoints (4). M. Bianchi (5) nie ce droit d'usufruit à la communauté et il lui reconnaît un droit *sui generis* égal à celui appartenant au mari sur les biens dotaux. Mais il convient de remarquer que les droits du mari sur les biens dotaux existent en vertu des dispositions expresses de la loi. Or, aucune disposition n'explique en détail le droit de la commu-

1. Piola, n° 23, p. 764.

2. Art. 1436. C. c. it. : « L'effet de cette communauté est de rendre communes et divisibles les acquisitions faites par les époux conjointement ou séparément pendant la communauté, soit qu'elles proviennent de l'industrie commune, soit qu'elles proviennent des épargnes faites sur les fruits ou sur les apports des époux, en faisant toujours cependant la distraction des dettes de la même communauté. L'article 1435 est cité dans la note 1, page 38.

3. Piola, *ibid.* ; Capitant, t. III, p. 93.

4. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 91; Piola, n° 24; Stolfi, p. 403; Burri, p. 325, etc.

5. Bianchi, *op. cit.*, n° 372.

nauté sur les biens propres des époux ; il est dit seulement que la communauté a la jouissance de ces biens. C'est pourquoi nous préférons la théorie classique à la doctrine de M. Bianchi. Par conséquent, tous les fruits civils et naturels produits par les propres des époux, depuis la célébration du mariage jusqu'à la dissolution de la communauté, tombent dans celle-ci. Les dispositions des articles 480-481 du Code civil italien (585-586 C. c., fr.) relatives aux droits de l'usufruitier s'appliquent dans toute leur étendue. Ainsi les fruits naturels non séparés au début de la communauté appartiennent à celle-ci : ceux non séparés à la dissolution de la communauté appartiennent à l'époux propriétaire de la chose, sans aucune compensation dans les deux cas, pour le travail et les semences. En France l'article 1437 dispose le contraire « toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté... »

Pour les fruits civils la situation est identique dans les deux législations.

3° **Propres imparfaits.** — Le Code civil italien pareillement au Code civil français ne détermine nulle part les biens dont la communauté acquiert la propriété. Il faut donc appliquer les principes généraux. Deux groupes de dispositions peuvent être envisagés : celui qui contient les dispositions prévues par les articles 483 et 484 (587 et 589 fr.) concernant l'usufruit (à cause de l'analogie existante entre celui-ci et la jouissance de la communauté) et, les dispositions qui font l'objet de l'article 1715 (1851 fr.) au titre « Du contrat de société ».

C'est ce dernier qu'on doit appliquer conformément à la règle déjà connue, qu'à défaut des dispositions dans le chapitre « De la communauté de biens entre époux » et qu'à défaut des conventions spéciales entre conjoints, sont applicables les dispositions contenues au titre « De la société » (article 1434 du Code civil italien).

Voyons par conséquent le contenu de l'article 1715 :

« Si les choses dont la jouissance seule a été mise en société, consistent en corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage, elles demeurent aux risques et périls de l'associé qui en est propriétaire.

Si ces choses se consomment par l'usage, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été mises en société sur une estimation résultant d'un inventaire, elles sont aux risques et périls de la société.

Si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de l'estimation. »

La communauté, lors de sa dissolution a, en Italie, sauf récompense au conjoint créancier, le quasi usufruit, et acquiert donc la propriété de deux catégories de biens :

α) La propriété des choses qui se consomment par l'usage, qu'elles soient détenues par le mari ou par la femme.

β) La propriété des objets qui se détériorent par la conservation, peu importe que la détérioration soit matérielle ou non, certaine ou seulement possible.

La communauté italienne, étant toujours universelle, les époux ne peuvent pas avoir en leur propriété des biens qui font partie de l'une ou l'autre des catégories sus-indiquées. Si néanmoins l'un des conjoints détient un de ces biens, cette détention est illégale et la communauté peut toujours en demander la délivrance.

L'article 1715 fait mention de deux autres catégories de biens qui deviennent la propriété de la société : les choses destinées à être vendues, et celles mises en société avec estimation faite par inventaire. En France, bien que sur ce point il y ait dans la doctrine quelques controverses, ces deux catégories de biens tombent en communauté (1). En Italie, au contraire, on soutient que cette

1. Colin et Capitant, p. 124.

partie de l'article 1715 n'est plus applicable à la communauté. En effet, pour les cas précédents le quasi usufruit des biens des époux, c'est-à-dire la transmission de la propriété de ces biens à la communauté, était une nécessité absolue pour permettre à cette dernière d'en jouir. Mais, du moment que le transfert de la propriété n'est plus une condition indispensable pour donner à la communauté la possibilité d'exercer son droit de jouissance, alors le transfert, s'il a lieu, est une violation du principe que l'actif propre des conjoints n'entre pas dans la communauté. Par application de ce principe, la femme italienne conserve la propriété des meubles estimés y compris les titres au porteur (1). De même, les époux ne peuvent pas stipuler que des biens estimés seront repris dans l'état où ils se trouveront au moment de la dissolution de la communauté. En effet, la différence entre les deux valeurs du même bien, celle du début de la communauté et celle qu'il aura à la dissolution, est un bien propre, et il ne peut pas tomber dans la masse commune (2).

Tout ce qui entre dans l'actif peut être consommé, conservé ou employé à acheter d'autres biens, soit au nom de la communauté, soit au nom des conjoints. En ce dernier cas intervient l'article 1436 du Code civil italien (1498 fr.) qui dispose que toutes les acquisitions, de quelque nature qu'elles soient, faites par les époux séparément ou conjointement pendant la communauté, appartiennent à celle-ci. Et pour rendre plus efficace cette règle, le législateur a établi (art. 1437) que tous les biens des conjoints sont acquis pendant la communauté, sauf preuve contraire faite par les époux.

On n'est pas d'accord sur le point de savoir si l'on peut détruire la présomption de l'article 1436 par la preuve testimoniale. La Cour d'appel de Cagliari accepte

1. Bianchi, no 512.

2. App. Cagliari 31 mai 1900 (Guir. Sarda 1900, 259).

l'affirmative (V. note précédente) M. Stolfi (1) critique cette jurisprudence, car le transfert d'un droit réel immobilier doit être prouvé par un acte écrit établi *solanitatis causa* conformément à l'article 1314 alinéa 2 du Code civil italien.

Biens qui restent propres aux époux. — Les biens de chaque époux, déduction faite de ceux qui tombent en communauté, forment la masse des biens propres. Entrent dans celle-ci (2) : la nue-propiété des propres parfaits ; un droit de créance, qui échoit à la dissolution de la communauté, pour les propres imparfaits ; la nue-propiété des biens accordés à chaque conjoint pour le dédommager du préjudice subi par son patrimoine ; la nue-propiété et la jouissance des indemnités payées à l'un des époux, à la suite d'un crime commis par un tiers avec la complicité de l'autre époux. Entre encore dans l'actif propre, le droit de chaque époux à la communauté, celle-ci étant considérée comme une entité patrimoniale (3). Restent enfin propres, tant pour la propriété que pour la jouissance, tout ce qui est nécessaire au conjoint pour l'exercice de son commerce jusqu'à la liquidation de l'établissement commercial.

4° **Passif de la communauté.** — Le Code civil français établit une corrélation parfaite entre l'actif et le passif de la communauté d'acquêts, dans l'article 1498. Il exclut du passif commun les dettes existantes au jour du mariage et celles qui grèvent les successions et donations échues pendant la vie commune des époux. Toutes les autres dettes de la communauté légale, à savoir : les charges du ménage et les charges usufruituaires (art. 1409) ; toutes les dettes nées du chef du mari pendant la communauté, même à la suite d'un délit (1409 al. 2) ; toutes les dettes contractées par la femme avec l'autorisation du mari (art. 1419) ou avec

1 *Op. cit.*, n° 401.

2 Cass. Palerme, 19 oct. 1897 (*Foro ital.*, 1897, 1097).

3 Piola, *op. cit.*, n° 28, p. 770.

l'autorisation de justice dans les cas exceptionnels de l'article 1427, entrent donc dans le passif de la communauté d'acquêts.

On ne trouve pas sur ce point dans le Code civil italien la clarté des dispositions françaises. Les articles 1435-1436 précités disent bien que dans la communauté d'acquêts, ni le passif des conjoints existant au moment de la célébration du mariage, ni celui qui leur serait dévolu par succession ou par donation pendant la communauté, n'entre dans le passif. Mais ce n'est là qu'une règle négative. Et nous n'avons pas la possibilité de rapprocher cette règle d'une autre sorte de communauté comme on fait en France, afin de déterminer ainsi les éléments passifs de la communauté. On ne trouve guère comme éclaircissement que la phrase par laquelle finit l'article 1436, qui déclare communs les acquêts faits par les conjoints, « en faisant toujours cependant la distraction des dettes de la même communauté ». Cette phrase est plus explicite que la règle négative mentionnée, mais encore assez vague (1). En interprétant ces deux dispositions imprécises du Code italien, on arrive à ce résultat, que le passif de la communauté italienne se compose de deux ordres de dettes : celles qui sont la contre partie des revenus, et celles qui se rattachent à la communauté même. Entrent dans le premier groupe : a) toutes les charges usufruituaires (pour les réparations extraordinaires il y a controverse) (2) ; b) les frais des procès concernant l'usufruit (art. 510 al. 1) et la nue-propriété ; s'il en était autrement, la femme serait sans ressources pour faire valoir ses droits ; c) les dettes du conjoint commerçant jusqu'à la concurrence des acquisitions de la communauté et non de l'actif entier. L'article 1419 du Code de commerce déclare expressément ce principe pour la femme commerçante et l'article 782 du même code le déclare pour

1. Stolff, *op. cit.*, n. 405.

2. Pour l'affirmative Piola, n. 29, p. 771 ; pour la négative Bianchi, *op. cit.*, p. 386.

le mari. Il ressort de là, que si les acquisitions de la communauté ne suffisent pas à couvrir les dettes contractées par le conjoint commerçant en vue de son commerce, les revenus des biens de l'un ou l'autre conjoint ne peuvent être attaqués (1) par les créanciers de la communauté. Il y a là une différence profonde avec ce qui se passe en France où, dans une situation analogue la femme marchande publique, autorisée par son mari, engage non seulement ses propres et les acquêts, mais aussi le restant de la communauté et les propres du mari, toutes les fois qu'elle contracte pour le fait de son commerce.

La disposition italienne nous semble meilleure parce que, sans détruire le crédit des époux, elle empêche que la ruine complète de la famille soit la conséquence déplorable d'un commerce malheureux.

Entrent dans le second groupe des dettes : a) Les charges de la famille, comme en France ; b) Les obligations dérivant des contrats et quasi contrats, des délits et quasi délits. Nous rappelons que les amendes et, pour identité de raison, les dommages-intérêts provenant des délits et quasi délits encourues par la femme française ne peuvent être exécutés que sur la nue-propriété de ses biens personnels, tant que dure la communauté (art. 1424). Le législateur a préféré sacrifier les intérêts légitimes des créanciers plutôt que de toucher à la toute puissance du mari. Sur ce point encore nous préférons la législation italienne.

5° Passif propre des époux. — En faisant la même opération que pour l'actif, c'est-à-dire en déduisant du passif général celui qui est à la charge de la communauté, on obtient le passif propre des époux. Entrent dans celui-ci, en Italie comme en France, les dettes contractées par les conjoints avant la célébration du mariage et les dettes qui grèvent les donations et les successions échues durant le mariage. La différence n'apparaît que pour les dettes contractées par les époux

1. Piola, *ibid.*

durant la communauté. En effet, l'article 1409 alinéa 2 du Code civil français dit que « la communauté se compose passivement... des dettes... contractées par le mari pendant la communauté, ou par la femme du consentement du mari, sauf la récompense dans les cas où elle a lieu ». Des derniers mots de l'article il ressort que même si la dette a été contractée dans l'intérêt exclusif d'une personne étrangère, elle tombe en communauté au moins dans les rapports de la communauté avec les tiers.

En Italie on doit décider exactement le contraire, c'est-à-dire, admettre qu'une dette contractée par l'un des conjoints — réserve faite de ce que nous avons déjà dit auparavant — est à la charge du patrimoine du conjoint débiteur (1). On fournit trois arguments en faveur de cette thèse : a) Le Code civil italien n'a pas de disposition analogue à celle incluse dans l'article 1409 du Code civil français ; b) Le patrimoine de la communauté est distinct et ne se confond avec aucun des patrimoines des époux ; c) Enfin on se fonde sur l'article 1498 du Code civil italien qui interdit au mari d'aliéner, si ce n'est à titre onéreux, les biens de la communauté. Sont, par conséquent, dettes propres aux époux, celles contractées dans leur intérêt exclusif, celles qui peuvent résulter d'une caution donnée par l'un d'eux au profit d'un tiers. Si la communauté paie la dette propre d'un conjoint, celui-ci est tenu envers elle comme envers tout autre créancier.

6° **Preuve de l'actif et du passif.** — Il est facile de déterminer à qui appartient un immeuble, tant en France qu'en Italie. Les difficultés surgissent en matières mobilières seulement. Elles furent justement la cause déterminante pour les rédacteurs du Code Napoléon de ne pas accepter la communauté d'acquêts comme régime légal. Ces difficultés ne sont pas apparues insurmontables au législateur italien, et pour les écarter il s'est servi d'une présomption *juris tantum* en faveur de la commu-

1. Bianchi, *op. cit.*, 519-521 ; Piola, n° 31, *op. cit.*, p. 774.

D. Beiner

nauté, présomption écartée seulement par une preuve préconstituée. Dans ce but l'article 1437 italien dispose qu'il sera fait par les époux, avant le mariage, un état authentique de leurs biens meubles présents; un pareil état sera aussi fait pour les biens meubles qui viendraient à leur être dévolus pendant la communauté. A défaut de cet état ou d'un autre titre authentique, les biens meubles sont considérés comme acquêts de la communauté. Par conséquent il y a présomption que tous les meubles consommables ou non, détériorables ou non par la conservation, appartiennent à la communauté. Pour pouvoir détruire cette présomption, les époux n'ont à leur disposition que les actes authentiques indiqués par l'article ci-dessus cité.

SECTION IV

Administration des biens

1^{re} Administration des propres. 2^{re} Administration des biens communs.

1^{re} Administration des propres. — Le mari français a l'administration de tous les biens de la famille, exception faite des biens réservés administrés par la femme elle-même. Le mari a, à quelques différences près, les mêmes pouvoirs sur la communauté que sur ses propres; ces deux groupes de biens se confondent donc pendant la communauté. Les pouvoirs du mari sur les propres de la femme — biens qui composent le troisième groupe — sont ceux d'un mandataire légal; ils sont donc assez larges.

Nous avons dit que les trois masses de biens (*azienda*) restent distincts en Italie. Ajoutons maintenant, qu'une disposition expresse de la loi, l'article 1438 du Code civil italien, institue le mari administrateur et non presque propriétaire de la communauté comme en France.

En effet, cet article déclare catégoriquement : « Le mari seul peut administrer les biens de la communauté et ester en justice pour les actions qui la concernent ; mais il ne peut aliéner ou hypothéquer les biens dont la propriété tombe dans la communauté, si ce n'est à titre onéreux. » Il résulte de là que les biens de la communauté ne se confondent jamais avec les propres du mari. Il y a, par conséquent, sous le régime de la communauté italienne, trois gestions patrimoniales distinctes, une pour la masse de biens propres de chaque époux et la troisième pour la communauté (1).

Administration des biens propres des conjoints.

— La règle traditionnelle d'après laquelle le mari est chargé d'administrer les biens propres de la femme a été maintenue par l'article 1428 du Code civil français. Et c'est sur ce point important d'organisation que la communauté italienne diffère de la communauté française. Dans la communauté italienne, comme nous le montrerons, chaque conjoint a exclusivement l'administration de ses propres. Le législateur italien n'a rien établi d'analogue à la disposition de l'article 1428 français. Disons tout de suite que quelques auteurs (2) soutiennent, malgré le silence de la loi, que le mari a l'administration des biens propres de l'épouse (3), pour donner ainsi à la communauté la possibilité de jouir des biens propres de la femme et pour que l'épargne faite par celle-ci puisse être employée à l'utilité commune. Cet argument n'est pas de très grande valeur. En effet, pour atteindre ce but, il suffit que le mari ait l'administration des revenus des biens ou des épargnes de l'épouse ; il n'est aucunement nécessaire de mettre entre ses mains l'administration de la nue-propriété des biens de la femme (4).

1. Piola, n° 33, p. 777.

2. Bianchi, p. 411, 414, 444, *op. cit.*

3. Disposition qui se trouve dans les lois civiles de 1819 (v. Stolfi, 407).

4. Piola, *op. cit.*, n° 34, p. 777 s.

La nue-propiété et la jouissance sont des choses distinctes, chacune ayant sa propre administration. Et la confirmation de cette idée se trouve dans l'article 511 du Code civil italien (614 fr.) d'après lequel l'usufruitier a les actions quant à la jouissance, mais il n'est pas autorisé à exercer les actions au nom et dans l'intérêt du nu-propiétaire. Implicitement cet article reconnaît une administration propre à la nue-propiété.

En dehors du silence de la loi, il y a d'autres arguments en faveur de l'opinion que la femme garde l'administration de ses propres. En effet, l'article 1427 du Code civil italien au chapitre « Des biens paraphernaux » énonce que « la femme conserve la propriété, l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux : le mari n'a pas le droit de les administrer ni d'en exiger les créances, s'il n'en a pas reçu le mandat de la femme... » D'autre part, dans le chapitre suivant « De la communauté de biens entre époux » du même code, l'article 1435 déclare : « la jouissance des biens tant meubles qu'immeubles, présents et futurs, des époux tombe dans la communauté ».

En tenant compte de l'ordre de succession des articles suscités et de leur contenu, on voit bien que la femme perd en faveur de la communauté, conformément à l'article 1435, son droit de jouissance, mais elle n'est dépouillée, ni en faveur de la communauté, ni en faveur du mari, des deux autres droits qui lui appartiennent conformément à l'article 1427 : la propriété et l'administration.

D'ailleurs M. Bianchi (1) partisan de l'opinion opposée, affirme lui-même, quand il envisage dans le régime dotal la question des biens paraphernaux, que dans le système italien il n'existe pas ce qu'on appelle en France « des biens propres » ; il n'y a que des paraphernaux, car le Code civil italien dans le chapitre « De la communauté de biens entre époux » ne traite pas des biens

1. *Op. cit.*, p. 613.

qui demeurent la propriété de la femme : il n'en parle que dans le chapitre précédent : « Des biens paraphernaux ».

Seulement, ajoute M. Bianchi, le principe que les paraphernaux sont administrés par la femme, souffre une dérogation en matière de communauté, pour le motif déjà indiqué, et leur administration passe entre les mains du mari. Ceci est inacceptable. Pour admettre une dérogation à un principe, il faut une disposition expresse de la loi. Or la loi ne prévoit rien. L'interprète n'a pas le droit de distinguer, ou de créer une exception, là où la loi ne l'a pas fait elle-même. Nous croyons donc, que les biens « paraphernaux » du régime de la communauté italienne restent soumis aux règles ordinaires de la paraphernalité, et que, par conséquent, tout acte d'administration et de disposition de ces biens, qu'il soit judiciaire ou extra-judiciaire, doit être accompli exclusivement par le mari ou par la femme, selon que la propriété du bien appartienne à l'un ou à l'autre (1).

Une fois le principe admis, nous pouvons dire que les actes d'administration que la femme pourrait faire sur ses propres seront très réduits, si on en déduit les actes relatifs à la jouissance dont le mari a l'exercice. On peut les énumérer : les actes conservatoires de la nue-propriété, l'exercice des actions possessoires, l'action en revendication de la nue-propriété, et les actes de disposition de celle-ci. Bien entendu, le mari peut accomplir ces divers actes, mais seulement en vertu ou d'un mandat exprès ou tacite de la femme, ou d'une gestion d'affaire.

Des conséquences importantes découlent de ce principe. On en verra une partie, plus loin, dans les rapports avec les tiers. Pour le moment nous nous con-

1. Piola, *op. cit.*, n° 34 p. 777 s. ; Que dire encore des biens d'un fonds de commerce d'une femme marchande publique ? Le paragraphe 1^{er} de l'article 14 du code de commerce accordait expressément à la femme, avant son abrogation par la loi du 17 juillet 1919, l'administration de ces biens.

tentons d'observer les rapports entre conjoints qui en découlent logiquement.

L'un des époux peut refuser toute ingérence de l'autre dans la gestion de ses biens. Il n'est pas tenu d'exécuter les obligations que l'autre a contractées relativement aux biens dont l'administration ne lui appartient pas. La communauté italienne est comme inexistante par rapport aux biens propres, ce qui permet à la femme de prendre hypothèque sur les propres du mari pour garantir une somme dotale à elle dévolue par succession ou par donation (1). Un des conjoints peut intenter une action, relativement à ses propres, contre l'autre conjoint. Enfin chaque époux a la pleine disponibilité de ses propres, sauf une restriction qui porte sur ses droits dans la communauté. En effet la disposition de ces biens difformera en fait les rapports entre conjoints qui ressortent du contrat de mariage. Une telle disposition est donc incompatible avec la nature de la communauté, de sorte qu'on doit décider, tant que la communauté existe, que la quotité de biens revenant à chaque époux reste indisponible (2).

2° Administration des biens communs. — Nous avons dit au commencement de cette section que, exception faite des biens réservés de la femme, le mari français est presque un propriétaire de la communauté, tandis que le mari italien n'est qu'un simple administrateur.

De là découlent des différences profondes. En vertu de l'article 1438 du Code civil italien le mari a seul, comme en France l'administration de la communauté, et il l'exerce à titre de chef légal de celle-ci, ainsi qu'il a été jugé par un arrêt de la Cour d'appel de Turin (3). C'est pourquoi il ne peut pas être remplacé, même en cas de mauvaise administration; mais il peut donner à une

1. Nous savons déjà qu'en Italie une dot peut être constituée ou augmentée par un tiers pendant le mariage.

2. Piola, n° 34, p. 779.

3. 19 décembre 1879 (Guiv. Tor, 1879, 182).

autre personne le mandat d'administrer la communauté, tout en restant responsable de son substitué. La femme peut donc aussi en être chargée. Cette substitution avait la valeur d'une autorisation valable avant la loi abolitrice de l'autorisation maritale de 1919.

Si le mari est absent, interdit, pourvu d'un conseil judiciaire, mineur, ou dans l'impossibilité d'administrer la communauté, la femme est, elle l'était même avant la loi précitée, capable d'administrer la communauté sans aucune autorisation de justice. D'après M. Piola (1) c'est à tort que M. Bianchi (2) soutient le droit d'administration pour le tuteur du mari interdit. Il ne tient pas compte du principe que le représentant de l'interdit n'a pas le droit de s'immiscer dans les affaires de la famille, et que l'administration des biens communs en est une.

Dans tous les cas ci-dessus cités, le droit de la femme d'administrer la communauté se justifie par la nécessité des faits. L'idée d'un mandat donné pour le mari ne peut pas être envisagée. L'hypothèse même exclut la possibilité d'un mandat exprès; un mandat tacite ne peut exister non plus car le mari, frappé d'une infirmité mentale, ne peut ni s'opposer, ni avoir connaissance de l'activité de la femme.

Pour le cas où les deux conjoints sont incapables ou dans l'impossibilité d'administrer la communauté, le tribunal doit nommer un curateur spécial, la puissance protectrice des incapables ne s'exerçant que sur leur personne.

Supposons maintenant la faillite du mari. D'après l'article 443, alinéa 1^{er} du Code civil français le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement du failli de l'administration de tous ses biens. Ce dessaisissement s'applique à tout le patrimoine du mari, mais sans toucher les biens

1. Piola, *op. cit.*, n° 35, p. 779.

2. Bianchi, *op. cit.*, p. 410-427.

appartenant à d'autres personnes et dont le failli a l'administration. On ajoute cependant (1) que si le mari a, non seulement l'administration de ses biens, mais aussi la jouissance, la masse des créanciers peut en profiter à condition de respecter les charges. En d'autres termes, la communauté tombe dans la masse de la faillite, et la femme ou ses créanciers peuvent seulement demander la séparation de biens (art. 1446 al. 2, du C. c. fr.).

En Italie les acquisitions tombent dans la masse des créanciers, mais la jouissance des biens des conjoints n'est pas appréhendée par les créanciers et continue à appartenir en propre exclusivement à la communauté. Or, comme le mari est seul en droit d'administrer la communauté, et comme la faillite n'a aucune influence sur les droits strictement personnels (2), il continuera à administrer les revenus de ses biens et ceux des biens de son épouse, comme si la déclaration de la faillite n'avait pas eu lieu (3).

Le mari peut vendre, aliéner ou hypothéquer, sans le concours de la femme, les biens de la communauté (art. 1438 it., 1421, al. 2 fr.) tant en France qu'en Italie. Mais comme il n'y a pas des biens réservés en Italie, le pouvoir du mari s'exerce sur toute la communauté. Il peut éventuellement contraindre sa femme à consigner le produit de son travail, par les mêmes moyens coercitifs qu'il pourrait employer envers tout débiteur, c'est-à-dire l'exécution forcée sur les propres.

Les mêmes articles ci-dessus indiqués, accordent au mari seul le droit d'ester en justice pour les actions qui concernent la communauté, M. Bianchi (4) soutient que le mari italien, comme le mari français, peut ester en justice même pour la nue-propriété des propres parfaits.

1. Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, V^e éd. n° 1063.

2. Art. 699 C. com. it.

3. Piola, *op. cit.*, n° 36, p. 781.

4. *Op. cit.*, p. 416.

Cela est vrai dans le système accepté par l'auteur, où le mari a l'administration de tous les biens de la femme. Dans le système que nous préférons (v. p. 52) la femme garde l'administration de ses propres; le mari peut ester en justice lorsqu'il s'agit de la jouissance des biens de son épouse, la dite jouissance faisant partie de la communauté, mais il n'a pas le même droit pour la nue-propriété qui reste propre à la femme.

Enfin M. Bianchi voit un acte *sui generis* dans le pouvoir du mari d'accomplir les actes qui dépassent l'administration. A bien considérer cette situation, on s'aperçoit que le mari ne fait que remplir les charges qui lui sont imposées de par le mandat que la loi lui confère dans l'article 1438 du Code civil précité. Il ne s'agit pas d'un droit *sui generis*, mais du cas prévu par le deuxième alinéa de l'article 1741 du Code civil italien (1988 fr.) : « Lorsqu'il s'agit d'aliéner, d'hypothéquer ou de faire d'autres actes qui excèdent l'administration ordinaire, le mandat doit être exprès. » D'autre part l'article 1720 du Code civil italien (1856 fr.) déclare que « l'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration... » La clause spéciale requise par cet article existe dans la communauté de biens en vertu de la loi (art. 1438 précité). Le mari oblige la communauté à l'insu de la femme, et celle-ci ne pourrait s'opposer aux actes que le mari croit opportuns. On a justement jugé (1), que si le mari a aliéné les biens de la communauté, la femme n'a pas une action réelle contre les tiers acquéreurs, mais seulement une action en dommages-intérêts contre son mari. Le paragraphe cité de l'article 1720 se termine par une réserve «... pourvu que ce soit sans fraude ». La femme serait donc en droit de faire opposition à l'accomplissement d'un acte frauduleux du mari, avant même qu'il ait une existence juri-

1. Trib. Cataneo, 14 nov. 1879 (Giur. Ca., 1880, 202).

dique. La même restriction est admise par la jurisprudence française malgré le silence de la loi, en vertu de l'adage : *fraus omnia corrumpit*.

Conformément à l'article 1422 français le mari peut, sauf quelques restrictions, aliéner à titre gratuit les biens de la communauté. Beaucoup plus sévère est la disposition italienne de l'article 1438 laquelle ne permet pas au mari d'aliéner ou d'hypothéquer, sauf à titre onéreux, des biens de la communauté (1). Cette prohibition étant générale, frappe d'une indisponibilité absolue tous les actes à titre gratuit accomplis par le mari avec les biens de la communauté et non pas seulement les donations. Le législateur italien a réduit ainsi sensiblement les pouvoirs du mari sur la communauté par rapport aux pouvoirs du mari français qui peut encore de nos jours disposer de la communauté presque « à son plaisir et volonté ». Cependant le législateur italien n'est pas allé plus loin. Malgré l'égalité entre l'homme et la femme proclamée par la nouvelle loi du 17 juillet 1919, il n'a pas osé avancer plus loin dans cette voie pour faire de la communauté un régime véritablement d'égalité et de liberté (2).

Une question vient naturellement à l'esprit : les deux époux peuvent-ils d'un commun accord, aliéner à titre gratuit les biens de la communauté ? La question est controversée en Italie comme elle l'était autrefois en France. L'opinion affirmative qui a triomphé en France, nous la croyons de même exacte pour l'Italie. En effet les arguments apportés dans cette question sont renforcés du fait suivant : l'argument essentiel des partisans de l'opinion opposée, à savoir la protection de la femme contre l'oppression du mari, est en contradiction avec la pleine capacité de la femme italienne. Et ce n'est pas tout. Supposons qu'on accepte l'idée que les époux ne peuvent faire conjointement une donation entre vifs avec les biens de la communauté. En France au

1. Disposition prise dans le Code Sarde.

2. Stolfi, *op. cit.*, p. 407.

moins, la prohibition souffrirait l'exception apportée par l'article 1438 du Code civil qui donne la possibilité d'extraire de la communauté les effets nécessaires à l'établissement des enfants. Cette exception n'existe pas en Italie, faute d'une disposition équivalente. Comment surmonter la difficulté si l'on n'admettait pas l'aliénation à titre gratuit des biens de la communauté par le consentement mutuel des époux? Ceux-ci n'auront à leur disposition que la nue-propriété de leurs propres, faible moyen pour pouvoir subvenir aux besoins immédiats de la famille. On est donc obligé d'admettre la donation pour l'établissement des enfants. Mais alors comment faire une distinction là où la loi ne le fait pas? Si au point de vue de l'équité une distinction entre les enfants et les autres personnes est justifiée, il n'y a certainement aucune bonne raison juridique pour l'accepter (1).

Le mari peut accomplir un acte dans son intérêt ou dans celui de la communauté. Comment faire cette distinction? C'est une question de fait. On doit décider pour chaque cas séparément au moins dans les rapports entre époux. La simple déclaration du mari qu'il intervient de son chef ou de celui de la communauté ne suffit pas. Il a été jugé (2) que si le mari, chef de la société d'acquêts, donne hypothèque sur les biens de la communauté, pour des obligations contractées par lui en son propre nom, cette hypothèque peut valoir dans les rapports avec le tiers, mais non entre époux. La question ne se pose pas dans le droit français où la communauté, tant qu'elle existe, se confond avec les biens du mari.

Le pouvoir excessif du mari français sur la communauté est encore accru, du fait que ce dernier n'est pas tenu de rendre compte à sa femme de l'administration de la communauté. Il n'est pas responsable de ses fautes ou négligences, ni même de ses actes de dissipation ou

1. Piola, *op. cit.*, n° 38, p. 784.

2. App. Catania, 16 déc. 1893 (Giur. Cat., 1894, 10).

de prodigalité (1). Il n'est pas tenu aux récompenses pour les donations faites dans la limite de la loi. Toute autre est la situation en Italie. Le mari doit exécuter le mandat, et sa responsabilité est engagée pour toute faute commise par lui pendant qu'il l'exerce. (La femme administratrice est soumise aux mêmes règles : elle est responsable directement envers le mari et indirectement envers la communauté.) En cas de mauvaise administration de la communauté par le mari, la femme peut demander comme en France, la séparation de biens. Mais de ce droit on dégage en Italie cette conséquence que le mari a l'obligation de rendre compte de sa gestion, comme tout autre administrateur, chaque fois que la femme l'exige (2). Sans la reddition des comptes — mode ordinaire de contrôle d'une gestion — la femme, disent avec raison les auteurs, serait dépourvue du moyen juridique le plus efficace pour connaître l'état administratif de la communauté, et elle ne pourrait pas savoir s'il y a lieu ou non d'agir, pour défendre ses intérêts, par une demande de séparation de biens.

D'ailleurs aucune dispense de l'obligation de reddition de comptes n'est accordée dans le chapitre sur la communauté du Code civil italien. Par conséquent, on doit appliquer dans notre matière les principes généraux du mandat, car c'est en vertu d'un mandat légal que le mari administre la communauté. L'étendue d'un mandat peut varier ; on peut accorder au mandataire le droit d'accomplir un nombre d'actes plus ou moins grands, mais son extension n'a aucune influence sur l'obligation de rendre compte (3). Sur ce point encore, l'organisation de la communauté italienne est visiblement supérieure à celle de la communauté française.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 139.

2. Bianchi *op. cit.*, p. 414 ; Piola, *op. cit.*, n° 41 p. 786 ; Ricci, *op. cit.*, t. VII, p. 87.

3. Piola, *ibid*, note 2.

SECTION V

Dissolution de la communauté

1° Causes de dissolution. 2° Effet de la dissolution

1° Causes de dissolution. — Les règles spéciales à la dissolution de la communauté sont fixées par l'article 1441 du Code civil italien (1441 fr.). Dès le début il indique que son énumération est restrictive et que les événements prévus, une fois arrivés, opèrent de plein droit (1). Cet article est ainsi conçu :

« La communauté ne peut être dissoute que par la mort de l'un des époux, par l'absence déclarée, par la séparation de corps définitive et par la séparation judiciaire de biens. »

Les causes de dissolution en Italie sont donc au nombre de quatre.

L'annulation d'un mariage, donnant lieu à un mariage putatif, produit, elle aussi, les effets de la dissolution ; seulement l'énumération limitative de l'article 1441 oblige les juristes italiens à y voir l'effacement d'une situation de fait et non une vraie dissolution (2).

On soutient en outre (3) que même la faillite du mari, a pour conséquence la dissolution de la communauté. Mais nous avons vu (p. 55 s.) que si la femme ne demande pas la séparation de biens, la communauté continue à exister en Italie avec cette conséquence que les revenus des propres des époux ne tombent pas dans la masse du failli.

En France, l'article 1441 du Code civil énumère, lui aussi, parmi les causes qui entraînent la dissolution de la communauté, la mort naturelle, le divorce, la sépa-

1. Bianchi, *op. cit.*, 427.

2. Stolfi, *op. cit.*, n. 409.

3. Bonelli, *Del fallimento*, t. II, p. 377 et 382.

ration de corps et la séparation de biens. La doctrine et la jurisprudence ne considèrent pas cette énumération incomplète comme limitative ; on y ajoute l'absence et l'annulation du mariage.

Le divorce est interdit en Italie ; la mort de l'un des époux et l'annulation du mariage n'offrent rien de spécial au point de vue qui nous intéresse. Restent les trois autres causes de dissolution de la communauté, sur lesquelles nous nous attarderons un peu plus longuement.

a) *L'absence*. — On sait que la loi française accorde à l'époux présent sous le régime de la communauté, un droit d'option entre la liquidation de la communauté ou sa continuation provisoire. Cette option est fondée sur les intérêts des deux époux, et est accordée dans le but d'écarter les troubles que l'absence fait naître dans le régime matrimonial. Si l'élection est faite en faveur de la continuation provisoire, l'époux « prend ou conserve », selon qu'il s'agit de la femme ou du mari, l'administration de la communauté et des biens de l'absent (1).

Le législateur italien est parti d'un autre point de vue. Avec la cessation de la vie commune des époux, cesse aussi leur coopération aux acquisitions et, par conséquent, la raison même de l'existence de la communauté de biens.

Il serait injuste, observe la doctrine (2), que l'absent ou ses héritiers profitent des revenus ou des acquisitions faites par le conjoint présent, alors qu'il ne contribue plus par son travail à la prospérité de la communauté, comme il serait injuste, par contre, que le conjoint présent profite des revenus des biens de l'absent, au préjudice de celui-ci ou de ses héritiers.

D'autre part, les effets mêmes de la déclaration d'absence peuvent empêcher l'époux présent de jouir de toute la communauté, car les héritiers présomptifs

1. Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 1211.

2. Piola, *op. cit.*, n° 45.

envoyés en possession provisoire ont, sous certaines conditions, comme en France, la jouissance des biens de l'absent. L'article 124 du Code civil français semble justement obliger l'époux présent à faire l'option, avant que l'envoi en possession provisoire ne soit ordonnée, puisqu'il a le droit d'« empêcher l'envoi provisoire » (1). En Italie, où il n'y a pas d'option, l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs de l'absent doit toujours avoir lieu. La déclaration d'absence doit donc être là-bas, et elle l'est sans aucune exception, une cause de dissolution de la communauté. Cette dissolution a lieu de plein droit pour empêcher ainsi un enrichissement injuste au profit de l'un des époux et au détriment de l'autre (2).

Nos préférences vont cette fois au système français parce qu'il maintient mieux l'intégralité de la famille et sauvegarde ses intérêts. L'époux présent, seul en état de prendre, d'après les circonstances actuelles, la meilleure décision pour l'avenir, a pour atteindre ce but, le droit d'option qui lui est accordé par la loi. Ce droit d'option, joint aux mesures prises par le législateur dans l'intérêt de l'absent ou dans celui des tiers, donne au système français une certaine souplesse dont l'organisation italienne est privée.

b) *Séparation de corps*. — Emportant toujours la séparation des biens conformément à l'article 321, alinéa 2 du Code civil français, la séparation de corps dissout la communauté. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord depuis la loi du 18 avril 1886, pour étendre à la séparation de biens le dernier paragraphe de l'article 252 du Code civil concernant le divorce. Par conséquent le jugement devenu définitif remontera entre époux et quant à leurs biens au jour de la demande, mais rien n'est changé à l'égard des tiers. A leurs yeux le mari reste le chef de la communauté qui continue à exister jusqu'au jugement définitif.

1. Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1208.

2. Bianchi, *op. cit.*, p. 429.

En Italie, l'article 1441 du Code civil cite la « séparation de corps définitive » parmi les cas qui dissolvent la communauté ; mais la controverse concernant l'effet rétroactif du jugement au jour de la demande n'est pas encore résolue.

Une partie de la doctrine, se basant sur l'idée que la dissolution de la communauté, en cas de séparation de corps est due à la cessation de la vie commune, soutient que cette dissolution doit avoir lieu de plein droit (1), sans que les conjoints puissent convenir le contraire (2).

Une autre partie de la doctrine (3), se fondant sur la formule employée par l'article 1441, formule presque identique à celle de l'article 1418 concernant la séparation judiciaire de biens dans le régime dotal, préfère enseigner que la dissolution de la communauté doit être demandée. En tout cas nous croyons que le législateur italien n'aurait pas réuni dans la seule phrase qui forme l'article 1441 des événements ayant des caractères différents : la mort, l'absence déclarée et la séparation judiciaire de biens, qui entraînent de plein droit la dissolution de la communauté, et d'autre part la séparation de corps, dans laquelle la dissolution de la communauté doit être demandée. Nous adoptons par conséquent, comme étant la plus juste, l'opinion de la première partie de la doctrine (4).

1. Bianchi, *op. cit.*, p. 432; Borsari, *op. cit.*, § 3468.

2. Piola, *op. cit.*, n° 46, p. 788.

3. Stolfi, *op. cit.*, p. 220, n° 414.

4. Les auteurs italiens ne sont pas d'accord non plus sur le mot *definitiva* ajouté à l'expression de séparation de corps dans l'article précité. Bianchi croit (p. 641) qu'on a voulu marquer par là que pour la séparation judiciaire il faut que la sentence soit définitive, et que pour la séparation consensuelle, permise en Italie, la formalité de l'homologation doit être accomplie. Stolfi, p. 413, adopte l'opinion de Messineo (p. 157, note 1) et pense que l'adjectif en question a été pris par inadvertance à l'article 1581 du Code Albertin, en oubliant que l'ancienne division du droit canonique : en séparation définitive et temporaire, n'existe plus aujourd'hui.

c) *Séparation de biens.* — L'institution de la séparation de biens a en France une portée générale. Elle s'applique dans le régime dotal comme dans le régime de communauté, sans aucune distinction. Le langage juridique italien possède deux expressions : séparation de biens et séparation de dot. Elles correspondent à deux notions très proches, mais qui ne se confondent pas. La seconde, plus restreinte, n'est employée que dans le régime dotal ; la première, plus large, née avec le régime de la communauté, s'applique seulement à celui-ci (1), (art. 1442 italien). De l'existence de ces deux institutions distinctes, il résulte que dans un régime mixte où il y a dot et société d'acquêts, on peut demander, en Italie, la séparation de dot sans dissoudre la société d'acquêts, ou inversement, requérir la séparation de biens sans toucher à la dot (2).

L'article 1442 (1443 fr.) déclare que : « la séparation judiciaire de biens ne peut être prononcée qu'en cas de mauvaise administration de la communauté, ou lorsque le désordre des affaires du mari met en danger les intérêts de la femme. Sont applicables à cette séparation les dispositions des articles 1418, 1420 et 1421. » Cette règle impérative est mieux rédigée que l'article 1443 du Code civil français. En effet MM. Colin et Capitant voient dans ce dernier une seule cause pour laquelle la femme peut demander la séparation judiciaire. Le péril de la dot et le désordre des affaires du mari ne sont pas deux causes distinctes qui peuvent motiver la demande en séparation de biens. D'ailleurs les droits et reprises de la femme qui forment l'objet de la seconde cause de séparation — pour ceux qui soutiennent qu'il y en a deux — ne sont qu'une partie de la dot, objet de la première cause.

1. Le législateur emploie cependant l'expression de « séparation de biens » dans l'article 1424, alinéa 1^{er} du Code civil et dans l'article 19 du Code de commerce italien où il s'agit du régime dotal.

2. Piola, *op. cit.*, n° 47, p. 790.

Nous ajoutons un autre argument qui nous semble résulter de la rédaction même de l'article 1443. En effet les deux causes qui paraissent résulter de cet article, « péril de la dot et désordre des affaires du mari » sont liées entre elles par la conjonction copulative « et » qui lie les deux parties dans le même tout.

L'article 1442 précité du Code civil italien limite, lui aussi, à deux les causes pour lesquelles la femme peut demander la séparation judiciaire des biens. Il en est ainsi : a) lorsque le désordre des affaires du mari met en danger les intérêts de la femme ; b) en cas de mauvaise administration de la communauté. Ce dernier cas est d'autant plus justifié que la communauté, par opposition à la dot dans le régime dotal, n'est pas garantie par une hypothèque légale. Seulement, les deux causes de l'article 1442 « mauvaise administration de la communauté ou désordre des affaires du mari » sont liées par la conjonction alternative « ou », ce qui montre bien l'existence des deux entités différentes. Nous avons vu que l'article 1442 rappelle, au régime de la communauté, les dispositions écrites dans l'article 1418, 1420 et 1421 portant sur la séparation de la dot. Bien entendu, on n'applique à la communauté aucune des dispositions de ces articles qui se trouve en opposition avec les règles spécialement édictées pour le régime de la communauté. Ainsi, le deuxième alinéa de l'article 1418 dispose que la séparation de biens peut être requise par la femme qui a obtenu un jugement de séparation de corps contre son mari. Ce paragraphe n'est pas applicable à la communauté du moment que l'article 1441 a déjà établi les effets de la séparation de corps à son encontre.

Observons que l'article 1442 ne rappelle pas à la communauté l'article 1419 du Code civil italien qui établit que « la séparation de la dot, prononcée par l'autorité judiciaire est sans effet, lorsque dans les soixante jours qui suivent la sentence elle n'a pas été exécutée par l'acquittement réel des droits de la femme constaté par acte public, jusqu'à concurrence des biens du mari, ou

qu'au moins dans ledit délai la femme n'a pas intenté les poursuites nécessaires ». Cet article a suivi en cela le Code Albertin. Bianchi (1) reproche, avec raison, au législateur d'avoir suivi cet exemple. M. Piola (2) considère ce reproche comme injuste, parce que la raison d'être de cet article dans le régime dotal n'existe plus en ce qui concerne la communauté. En effet, le jugement de séparation de biens dissout de plein droit la communauté, et par conséquent tous les effets qui lui sont propres se produisent. Mais nous avouons ne pas voir comment sans l'article 1419 les tiers seront garantis, pendant le délai de trente ans accordé de droit commun pour l'exécution des jugements contradictoires, contre une séparation simulée et frauduleuse. *

2^o **Effets de la dissolution de la communauté.** —

Disons tout de suite que ces effets sont au nombre de cinq : a) la communauté cesse d'avoir la jouissance des biens des conjoints ; b) confusion de la part de chaque époux dans la communauté avec ses propres ; c) reddition des comptes par l'administrateur ; d) prélèvement des biens propres des époux ; e) partage de la communauté.

a) Le premier effet présente les mêmes caractères dans les deux codes que nous comparons. Chaque époux recouvre, à partir de la dissolution de la communauté, les revenus de ses biens ainsi que de ses propres et fait sien le produit de son travail.

b) *Confusion entre la part commune et les propres de chaque époux.* — L'article 1444 italien déclare que : « Après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers ont toujours la faculté de renoncer à la communauté ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire, en se conformant à ce qui est établi pour les renonciations aux successions ou pour leur acceptation sous bénéfice d'inventaire dans le chapitre des « Dispositions communes aux successions, etc., et sous les peines y énoncées ».

1. *Op. cit.*

2. Piola, *op. cit.*, n^o 47, p. 760.

Il en résulte que la confusion entre la part de chaque époux dans la communauté avec ses propres a toujours lieu de plein droit. La femme italienne ou ses héritiers ne sont pas obligés d'accepter la communauté purement et simplement. Ils peuvent aussi y renoncer ou l'accepter sous bénéfice d'inventaire (1). Ce droit d'option, dit l'article cité, existe toujours.

En d'autres termes, cette faculté subsiste, même si la femme a administré la communauté, en vertu d'un mandat donné par son mari, et même dans le cas où elle est investie par la loi de la qualité d'administrateur de la communauté. C'est d'ailleurs logique, car l'administration de la femme succède toujours à celle du mari. Si on prive la femme de la faculté accordée par l'article 1444 du Code civil, elle deviendra responsable sans limite des actes du mari, sans avoir jamais pu les empêcher. Le législateur français part du même point de vue quand il déclare dans l'article 1463 que « toute convention contraire (au droit d'option de la femme) est nulle », et dans l'article 1454 du même code, que le droit pour la femme de renoncer à la communauté subsiste malgré les actes « purements administratifs ou conservatoires » accomplis par elle.

Comparons les trois partis que la femme peut prendre à la dissolution de la communauté.

α) *Renonciation*. — En ce qui concerne l'organisation de la renonciation il n'y a pas de différence à signaler. On peut seulement remarquer que, par application de l'article 951 du Code civil italien, si la femme est appelée en justice par un créancier de la communauté, qui veut ainsi la contraindre à déclarer si elle accepte cette même communauté ou si elle y renonce, c'est l'autorité judiciaire qui fixera le délai pour faire cette déclaration. En France, l'exception dilatoire de trois mois et qua-

1. Le Code Albertin s'est occupé le premier de l'acceptation de la communauté sous bénéfice d'inventaire (1584). Il l'a fait en développant l'article 1457 du Code civil français (V. Piola, n° 51, p. 791, note 1).

rante jours — délai légal — découle de la liberté d'option accordée à la femme, et c'est seulement après son expiration et en cas de poursuite que le tribunal saisi accorde ou refuse à la femme, d'après les circonstances, un nouveau délai.

β) *Acceptation pure et simple de la communauté.* — Rappelons succinctement comment les choses se présentent en France. La femme et ses héritiers en acceptant la communauté ont de plein droit le bénéfice d'émolument. Ils n'ont à faire aucune déclaration au greffe du tribunal. La seule condition qui leur est imposée, c'est de faire un bon et fidèle inventaire de la communauté dans les trois mois qui suivent la dissolution.

D'après l'article 1444, si la femme italienne accepte purement et simplement la communauté, elle est tenue de la moitié des dettes, comme contre partie de son droit à la moitié de l'actif de la communauté. Elle est d'autre part tenue à l'infini du passif de la communauté, car elle ne jouit pas, comme la femme française, d'un bénéfice d'émolument (1). Pour échapper à cette obligation, elle peut accepter sous bénéfice d'inventaire, bénéfice qu'elle est tenue de demander formellement par une déclaration faite au greffe du tribunal. La femme italienne n'est donc pas toujours protégée contre la mauvaise administration du mari. Mais il faut ajouter que, la communauté italienne formant une masse de biens tout à fait distincte, les biens personnels de la femme ne sont pas engagés par les dettes de la communauté, tandis que la femme française répond jusqu'à concurrence du montant de son bénéfice d'émolument sur tous ses biens propres ou non.

γ) *Les caractères de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire* (2). — La femme qui accepte sous bénéfice d'inventaire, dit l'article 1444 du Code civil italien doit

1. Bianchi, *op. cit.*, p. 588 : Roguin, *op. cit.*, p. 584 s.

2. Piola, *op. cit.*, n° 52, p. 793 s. La partie qui suit est entièrement traitée d'après M. Piola.

se conformer aux prescriptions du chapitre intitulé « Des dispositions communes aux successions... », c'est-à-dire qu'on applique à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la communauté toutes les dispositions qui ont trait à cette sorte d'acceptation de la succession. Il en résulte que la femme peut se prévaloir du bénéfice d'inventaire, nonobstant toute renonciation faite dans le contrat de mariage ou par acte postérieur (art. 956). De même les héritiers de la femme peuvent se prévaloir de cette disposition dans le cas où elle voudrait leur enlever la possibilité d'accepter sous bénéfice d'inventaire. La femme ne peut renoncer à ce droit qu'après la dissolution de la communauté ; or, le testament, d'après notre prémisses, est fait toujours durant la communauté.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est facultative ou obligatoire selon qu'il s'agit de personnes capables ou non (art. 930, 931 et 932).

Si un seul héritier de la femme — en supposant qu'il y en ait plusieurs — déclare accepter sous bénéfice d'inventaire, la communauté doit être soumise au même bénéfice (art. 958).

La communauté est censée être acceptée purement et simplement si, dans les trois mois, la femme n'a pas commencé à faire l'inventaire, ou qu'elle ne l'ait pas achevé dans ce même délai ou dans celui dont elle aurait obtenu la prorogation (art. 960).

L'inventaire achevé, la femme a un délai de quarante jours pour délibérer sur l'acceptation ou la renonciation ; si elle laisse passer ce délai sans délibérer, elle est tenue comme acceptant la communauté purement et simplement (art. 961). ●

Lorsqu'il s'agit d'une femme qui n'est pas en possession réelle des biens qui composent la communauté et qui ne s'y est pas immiscée, ou contre laquelle il n'a pas été introduit de demande en justice, les délais établis ci-dessus pour faire l'inventaire et délibérer, ne commencent à courir que du jour qui sera fixé par l'autorité

judiciaire. Lorsqu'il n'est pas introduit de demandes en justice contre elle, la femme conserve le droit de faire inventaire, tant que le droit d'accepter n'est point prescrit (art. 962).

Les mineurs, les interdits et les demi-interdits (*inhabilitati*) ne sont réputés déchus du bénéfice d'inventaire qu'à l'expiration de l'année qui suit leur majorité, ou à la cessation de l'interdiction ou de leur incapacité, lorsque dans ce délai ils ne se sont pas conformés aux dispositions de la loi (art. 963).

Pendant la durée des délais accordés pour faire inventaire et pour délibérer, la femme n'est pas tenue de prendre qualité (art. 964, al. 1^{er}). Il n'en résulte pas que pendant cet intervalle toute la communauté appartienne au mari ou à ses héritiers.

Avec la dissolution, les pouvoirs du mari comme administrateur ou représentant de la communauté ont cessé. La part de communauté qui appartient à la femme a besoin, pendant le délai de trois mois et quarante jours, d'un représentant spécial, afin que les actes accomplis soient valables à l'égard des personnes auxquelles plus tard appartiendra cette part de la communauté. C'est pourquoi, pendant ce délai, la femme est considérée comme curatrice de droit de la part en question, et en ladite qualité, elle peut être appelée en justice pour la représenter et pour répondre aux demandes formées contre elle. Lorsque la femme ne comparait pas, l'autorité judiciaire est en droit de nommer un curateur pour représenter dans l'instance la partie de la communauté dont il s'agit (art. 964, al. 2).

En ce qui concerne les autres points dont il n'est pas question ici, on applique les autres dispositions écrites en matière d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, dont le contenu est le même que celui des articles correspondants du Code civil français (art. 965-969 C. civ. it. ; 796-797, 801-804, C. c. fr. ; 973-983, it. ; 805-816, C. c. fr.).

Il faut toutefois attirer l'attention sur le point sui-

vant : il peut arriver que la succession de la femme mariée sous le régime de la communauté de biens soit acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou qu'elle devienne une succession vacante. Le droit pour l'héritier d'accepter la communauté purement et simplement reste intact, sauf s'il s'agit d'une personne morale ou d'incapables. En d'autres termes, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession de la femme n'implique pas, pour l'héritier, l'obligation d'accepter la communauté sous le même bénéfice. Si l'héritier bénéficiaire a accepté la communauté purement et simplement, celle-ci se confond avec le restant de la succession ; mais s'il accepte la communauté sous bénéfice d'inventaire, alors les deux entités patrimoniales : succession et communauté, quoi que l'une fasse partie de l'autre, restent néanmoins distinctes. Il en résulte que, l'héritier déchu du bénéfice d'inventaire quant à la succession, conserve ce droit pour la communauté, ou que inversement, déchu du bénéfice quant à la communauté, il le conserve pour la succession. On tire de là, la conclusion suivante : si l'héritier bénéficiaire reçoit de ce chef l'autorisation de vendre des biens communs, cette autorisation ne le sauvera pas de la déchéance du bénéfice d'inventaire quant à la communauté. Pour échapper à toute surprise il doit se munir de deux autorisations distinctes, quant aux biens communs. La raison de cette décision se trouve dans la diversité d'intérêts que l'autorité judiciaire est appelée à protéger : est-elle sollicitée d'accorder une autorisation de vente de biens successoraux, la justice ne doit se préoccuper que des droits des créanciers de la succession ; la sollicitation est-elle relative à une autorisation de vente de biens communs, l'autorité judiciaire ignore tout ce qui n'est pas l'intérêt des créanciers de la communauté. Or, un conflit entre les intérêts de ces deux catégories des créanciers n'est pas impossible ; on doit donc examiner en particulier les uns et les autres.

c) *La reddition des comptes par l'administrateur.* —

D'après les caractères originaux de la communauté française le mari, seigneur et maître, n'est tenu de rendre aucun compte à la dissolution, malgré les efforts de la jurisprudence pour arriver à la solution inverse (1). En Italie, où la communauté est une société, et où le mari est seulement l'administrateur en vertu d'un mandat légal, l'article 1747 (1993 fr.) s'applique, et par conséquent le mari est tenu de rendre compte de ses opérations (2).

d) *Prélèvement des propres des époux.* — Les prélèvements et récompenses obéissent en droit français à des règles avantageuses pour la femme. Le droit italien, à cause des lacunes du code, rend difficile l'analyse de ces opérations. Chaque époux a le droit de retirer de la masse commune, les choses lui appartenant et dont la jouissance est tombée en communauté. Ce droit est exercé par la femme, aussi bien si elle a renoncé à la communauté que si elle l'a acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Pour les immeubles, il n'y a rien à ajouter à ce que nous avons déjà dit antérieurement (v. division a de cette section).

Pour les meubles, c'est l'article 1445 qu'il faut appliquer. Mais auparavant observons que d'après l'article 1715, 2^e alinéa (1851, al. 2^e fr.), si les choses, dont la jouissance seule a été mise en société, ont été estimées, l'associé ne peut répéter que le montant de leur estimation. Cette disposition ne s'applique pas intégralement en matière de communauté. Aucune difficulté si l'estimation a été faite dans le contrat de mariage ; mais faite durant celui-ci, la sous ou sus-estimation par rapport à la valeur réelle de la chose, équivaudra, pour la différence, à une donation entre époux ; or, l'article 1054 italien prohibe de pareilles donations. Donc, en Italie, l'estimation a seulement la force d'une simple

1. Colin Capitant, t. III, p. 140.

2. Piola, *op. cit.*, n° 53, p. 595.

indication du droit de l'époux. Supposons que la chose existe encore en nature au moment de la dissolution de la communauté; le conjoint, ancien propriétaire, ne peut prétendre au prélèvement de la chose/elle-même et l'autre conjoint ne peut l'y forcer. Celle-ci ou sa valeur, — s'il y a désaccord entre les parties et estimation en dehors du contrat de mariage — ne peut être prélevée qu'en argent. Il est vrai que l'article 483 italien (587 fr.) oblige l'usufruitier, pour les choses dont il ne peut faire usage sans les consommer, à en rendre pareille quantité et qualité, ou à en payer le prix courant au moment de la cessation de l'usufruit. Mais nous avons vu, qu'en ce qui concerne la jouissance des choses consomptibles par l'usage, on applique les dispositions concernant la société, et non celles de l'usufruit. Or dans le titre « De la société » il n'y a aucune disposition analogue à celle de l'article 480 qui accorde le choix à l'usufruitier.

Supposons maintenant que la chose propre de l'un des époux, n'existe plus en nature. L'article 1445, 2^e alinéa du Code civil italien prévoit le cas pour les meubles de la femme, et dispose qu'elle ou ses héritiers ont droit de répéter la valeur des objets mobiliers qui ne se trouvent plus « en nature au moment du partage ». Cette disposition ne trouve son application que lorsque le meuble a disparu de la communauté par la faute du mari. Pour le cas où le mari n'est pas en faute, c'est l'article 1715 alinéa 1^{er} qui s'applique. Celui-ci dispose : « Si les choses dont la jouissance seule a été mise en société, consistent en corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage, elles restent aux risques et périls de l'associé qui en est propriétaire. » La femme supportant le risque ne peut rien prélever; elle n'a contre les tiers que les droits ou actions en indemnité qui concernent la chose disparue (art. 1299 italien, 1330 fr.), et le mari sera seulement responsable du préjudice qu'il aura causé à l'exercice des droits et actions de la femme.

La loi est muette à l'égard des meubles du mari. M. Ricci (1) refuse tout droit au mari, mais M. Piola (2) distingue selon que la communauté a reçu ou non un équivalent de la chose aliénée. Dans l'affirmative l'auteur accorde au mari le même droit qu'à la femme, et c'est juste, car autrement celle-ci s'enrichirait injustement.

Preuve des reprises mobilières. — Pour reprendre un meuble, le conjoint propriétaire doit faire la preuve que ce meuble lui appartient en propre. En France, l'existence dans le Code civil des articles 1499 et 1504 qui règlent de façon différente la nature des preuves à fournir pour la reprise du mobilier propre, est critiquée avec raison, car elle donne lieu à beaucoup de difficultés. Le législateur italien, en suivant le code Albertin, a eu soin de les écarter. Il distingue la preuve à fournir par les conjoints dans leurs rapports avec les tiers, et la preuve à fournir dans leurs rapports entre eux. Contre les tiers, l'administration de la preuve de la propriété des biens qu'on veut prélever doit être faite, conformément à l'article 1437 italien, par un état authentique des biens des conjoints fait au moment du mariage et par un état authentique des biens à eux dévolus pendant la communauté. A défaut de cet état, ou d'un autre titre authentique, les biens meubles sont considérés comme acquêts de la communauté.

Entre conjoints on applique l'article 1445 italien lequel dispose dans son premier alinéa que : « Dans le partage de la communauté les époux ou leurs héritiers... peuvent toujours, nonobstant l'article 1437, prélever les objets mobiliers qu'ils peuvent prouver, par tous les moyens autorisés par la loi, leur avoir appartenus avant la communauté, ou leur être dévolus pendant sa durée à titre de succession ou de donation. »

Aucun des conjoints ne peut user de la preuve testi-

1. *Op. cit.*, t. VII, p. 95, *bis*.

2. N° 54, *op. cit.*, p. 797.

moniale ou des présomptions, si ce n'est dans les cas où la loi l'admet (1). Deux exceptions sont néanmoins apportées au principe : La première existe en faveur de « la femme ou de ses enfants héritiers... lorsqu'il s'agit de choses qui leur sont parvenues à titre de succession ou de donation, quelle qu'en soit la valeur » (art. 1445, al. 2°). L'autre est accordée à « la femme ou ses héritiers » pour « répéter la valeur des objets mobiliers appartenant à la femme et exclus de la communauté, mais qui ne se trouveraient plus en nature au moment du partage, et dans ce cas, ils peuvent prouver, même par notoriété la valeur des dites choses » (art. 1447, al. 3°).

Pourquoi la première exception ne vise-t-elle que la femme et ses enfants héritiers, alors que la seconde existe en faveur de la femme et de tous ses héritiers ? Il n'y a pas de bonne raison pour justifier cette distinction, mais ces dispositions étant claires doivent être respectées (2).

¶ *Insuffisance des biens pour les reprises.* — Il peut arriver que l'actif de la communauté soit insuffisant pour permettre les prélèvements des deux conjoints. Nous savons qu'en France la femme a un droit de préférence à l'encontre du mari, et qu'en cas d'insuffisance des biens de la communauté la femme et ses héritiers exercent leurs reprises sur les biens personnels du mari. (art. 1471 *in fine* et 1472 C. c. fr.).

En Italie, au dire des auteurs (3), si la femme accepte purement et simplement, chaque époux est tenu pour moitié de la différence qui existe entre l'actif de la communauté et les sommes à prélever, sauf pour chacun d'eux le droit de compenser ce qu'il doit avec la créance qu'il possède sur la communauté ; si la femme est renonçante, elle devient créancière du mari pour tous ses prélèvements ; si elle accepte sous bénéfice d'inventaire,

1. Confrontez, 1^{er} al. art. 1445 it. ; Ricci, t. VII, n° 95.

2. Piola, *op. cit.*, n° 54, p. 795.

3. Stolfi, *op. cit.*, p. 594.

elle prend d'abord pour ses prélèvements, les biens de la communauté, et s'ils sont insuffisants, elle devient pour le reste créancière de son mari, car c'est lui le responsable de tout le passif de la communauté. On doit encore observer que, si la communauté est dissoute par la mort de l'un des conjoints, le survivant peut renoncer au prélèvement ; mais une dissolution pour toute autre cause ne donne pas cette faculté aux époux italiens, parce que cette renonciation se présente comme une donation entre époux durant le mariage, et que de telles donations sont prohibées en Italie.

e) *Partage de la communauté.* — Après le prélèvement, il n'y a plus de rapports entre époux, si la femme renonce à la communauté. Si, au contraire, elle accepte purement et simplement ou sans bénéfice d'inventaire, il faut encore partager les biens communs. Ce partage doit avoir lieu, en cas d'acceptation de la communauté sous bénéfice d'inventaire, avant la liquidation, parce que la femme étant tenue de payer les créanciers, doit avoir les biens à sa disposition (1).

Les règles applicables au partage de la communauté sont celles du partage des successions (2).

En France le partage est précédé de quelques opérations préliminaires : la reprise des propres, les récompenses, la balance des comptes personnels à chaque époux, le rapport des sommes dues à la communauté conformément au solde de la balance des comptes, et les prélèvements des sommes dues par la communauté. Toutes ces opérations forment ce qu'on désigne sous le nom de : liquidation de la communauté.

Au dire de M. Piola (3), dans le système du législateur italien il n'y a pas liquidation, mais seulement partage. Il commence avec la détermination des compensations et des remboursements provenant : des dettes de l'un des époux envers la communauté ; des dépenses

1. Piola, *op. cit.*, n° 55, p. 797.

2. Cass., Rome, 21 janvier 1886 (*Iovo ital.*, 1886, 1, 577).

3. *Op. cit.*, n° 55, p. 797, note 4.

ou paiements faits par la communauté dans l'intérêt de l'un ou l'autre conjoint (1) ; du fait que des biens communs ont tourné au profit de l'un ou l'autre conjoint ; des indemnités dues à la communauté par les époux ; des dettes résultant de la reddition des comptes de l'administrateur ; de ce que l'un des époux a pris à sa charge une part des dettes communes envers les tiers, inférieure à sa part de droits dans la communauté.

Toute dette de l'un des conjoints envers la communauté doit être prouvée, comme en France, et, une fois la preuve fournie, l'autre conjoint a droit à une compensation ou à un remboursement, autant que possible en objets de même nature, qualité et bonté que ceux dus par le conjoint débiteur (2).

L'article 1452 déclare que : « La dissolution de la communauté opérée par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme... » Sans doute, les mêmes principes sont applicables en Italie. Les gains de survie en faveur de l'un ou l'autre des époux existent, en cas de mort ou d'absence déclarée de l'un des époux, mais non en cas de séparation de biens ou de corps. En effet, l'article 1440 italien s'exprime ainsi : « La convention par laquelle il est stipulé... que le survivant prélèvera une certaine portion dans les acquêts n'est pas regardée comme une libéralité... » ; d'autre part, l'article 26, dernier alinéa dit : « Le conjoint de l'absence, outre ce qui lui revient par contrat de mariage... » Mais l'article 1452 du Code civil français précité, continue en permettant à la femme séparée de biens ou de corps, lors de la mort naturelle de son mari, d'exercer ses droits de survie. Ce principe n'est pas applicable en droit italien, faute d'une disposition analogue. Les gains de survie, par conséquent sont soumis à la règle générale et tombent comme tous les autres rapports entre

1. Bianchi, *op. cit.*, p. 426.

2. Confrontez article 982 it (830 fr.)

conjointes auxquels la communauté aurait pu donner lieu.

Une fois les prélèvements opérés, conformément au code, on procède en Italie à la formation des quote-parts proportionnelles aux intérêts des époux. A défaut de clauses spéciales, on fait le partage de la communauté par moitié. On doit néanmoins observer que ni les dettes, ni les créances de la communauté ne sont comprises dans le partage. Les unes et les autres se divisent de plein droit entre les conjoints (art. 1027-1029-1204, al. 1^{er} et 1727 du Code civil italien ; et 870 à 873-1220 et 1863 du Code civil français). Pour le reste on applique les règles générales relatives à l'indivision ordinaire (*communione ordinaria*) en matière de succession.

SECTION VI

Le régime de la communauté et les tiers

1^o Généralités. 2^o Les propres des époux et les tiers.

3^o La communauté et les tiers.

1^o Généralités. — En Italie, l'existence des rapports entre la communauté et les tiers suppose un contrat de mariage suivi d'une célébration du mariage, valables. La nullité de l'un ou de l'autre, change la nature de ces rapports, qui ne sont plus que ceux qui peuvent avoir lieu entre une société de fait et les tiers.

Le chapitre « De la communauté entre époux » du Code civil italien contient en tout trois articles consacrés aux rapports avec les tiers : articles 1442, 1443 et 1446. Le premier rappelle la disposition de l'article 1421 (1446, C. c. fr.), disposition qui empêche les créanciers particuliers de la femme de pouvoir demander la séparation de biens sans son consentement.

Le second article régleme les rapports des conjoints avec les tiers, nés pendant l'époque écoulée depuis

la dissolution de la communauté jusqu'à son rétablissement.

Enfin l'article 1446 (1453 fr.) détermine comment on doit prouver à qui appartiennent les biens meubles qui se trouvent dans la communauté.

Il est de toute évidence que ces trois articles ne suffisent pas à régler tous les rapports entre les tiers et chacune des trois masses de biens appartenant respectivement au mari, à la femme et à la communauté.

Il faut donc s'adresser aux principes généraux et en particulier à trois dispositions du Code civil italien. Ces dispositions se trouvent aux articles 707, 1242 et 1942, 1^{er} alinéa (articles 2279, 1240 C. c. fr. et les articles 3 et 6 de la loi française du 23 mars 1855), dont le contenu est le suivant :

Art. 707. — « A l'égard des biens meubles par leur nature et des titres au porteur, la possession produit, en faveur des tiers de bonne foi, l'effet même du titre... »

Art. 1242. — « Le paiement fait de bonne foi à celui qui se trouve en possession de la créance est valable, lors même que le possesseur en a ensuite souffert l'éviction. »

Art. 1932, 1^{er} alinéa. — « Les jugements et les actes énoncés dans l'article 1932, tant qu'ils ne sont pas transcrits, n'ont aucun effet à l'égard des tiers qui, à quelque titre que se soit, ont acquis et légalement conservé des droits sur l'immeuble ».

Il ressort de ces articles que, pour les tiers, les actes soumis à la transcription n'existent juridiquement que depuis l'accomplissement de cette formalité et dans la mesure où ils sont prévus.

Un bien meuble, un titre au porteur ou une créance appartenant au mari, à la femme, ou à la communauté, peuvent se trouver indifféremment en possession de l'un d'eux. Un immeuble ou un droit immobilier peuvent, par la transcription ou la non transcription, appartenir à un autre qu'à celui qui en a la possession effective.

Le contrat qui établit la communauté n'a aucune in-

fluence spéciale sur la capacité des personnes contractantes. Il produit le même effet qu'un autre contrat ayant pour objet un bien de l'un des contractants (1) ; or, un contrat quelconque intervenu entre les parties, n'aura aucune influence sur l'application des articles 707, 1242 et 1942 aux rapports existant entre l'une des parties et un tiers. Il en est donc de même pour le contrat de communauté. D'où il résulte que les tiers de bonne foi, quand ils traitent avec une personne mariée possesseur d'un meuble par nature, d'un titre au porteur ou d'une créance, ne sont pas obligés de prendre connaissance du contrat de mariage de leur co-contractant. C'est pourquoi la femme ne pourrait attaquer, en invoquant le régime de la communauté résultant du contrat de mariage, l'acte de disposition accompli par le mari en son propre nom, acte ayant pour objet un bien meuble par nature ou un titre au porteur appartenant à son épouse et dont seulement la jouissance est tombée en communauté. D'autre part si le mari veut empêcher que la femme dispose de cette même catégorie de biens dont elle a la possession, quoi qu'ils appartiennent au mari ou à la communauté, il doit la contraindre à les consigner. De même, si le mari désire empêcher sa femme d'exiger d'un de ses débiteurs de bonne foi le paiement d'une créance tombée en communauté, il doit notifier au créancier que la dite créance n'appartient plus à sa femme.

Par application de l'article 1942 à la communauté, le tiers qui contracte avec une personne mariée, à l'égard d'un immeuble ou d'un droit immobilier, n'est pas tenu de tenir compte du contrat de mariage de son co-contractant. Le contrat est régulièrement conclu, si c'est le conjoint contractant qui a transcrit l'acte, ou à défaut de toute transcription, si c'est lui qui apparaît en droit comme le titulaire de l'immeuble ou du droit immobilier.

1. Piola, *op. cit.*, n° 7.

D. Beiner

En France, l'aliénation d'un propre de la femme, faite par le mari, est nulle, et les droits de la femme varient suivant que le mari a vendu le bien comme appartenant à la femme ou comme lui appartenant, ou à la communauté. Dans les deux cas la femme se trouve dans une situation désavantageuse (1).

L'article 1932 n° 6 du Code civil italien dispose : « Doivent être rendus publics par la transcription... les contrats de société qui ont pour objet la jouissance de biens immeubles, lorsque la durée de la société excède neuf ans ou est indéterminée. »

La communauté de biens est, en Italie, substantiellement un contrat de société à durée indéterminée, en vertu duquel la communauté acquiert la jouissance des biens immobiliers des conjoints. On lui applique donc l'article 1332, n° précité. A l'égard des tiers, les époux seront ou ne seront pas privés de la jouissance de leurs immeubles, suivant que la communauté aura fait ou non la transcription. A défaut de transcription le tiers qui a contracté avec l'un des conjoints relativement à la jouissance de ses immeubles ne pourrait être évincé de son droit.

Supposons que les époux, conjointement ou séparément, acquièrent pendant la communauté un immeuble ; supposons encore que la communauté de biens entre conjoints ne ressorte, ni de l'acte d'acquisition, ni de la transcription de cet acte. En ce cas, l'hypothèque acquise par un tiers et consentie par celui que l'acte de transcription indique comme propriétaire, est valable en vertu de l'article 1932 n° 6 du Code civil.

Les principes ci-dessus exposés s'appliquent quand l'un ou l'autre des époux contracte en son propre nom ; mais si le conjoint déclare traiter au nom de la communauté, la situation change. Pour les immeubles l'acte de transcription, de donation ou de succession montrera au tiers si l'immeuble entier ou seulement la jouissance

1. Colin et Capitant, p. 157.

appartient à la communauté. Des difficultés surgissent pour les meubles. En effet, l'article 1437 (1499 fr.) dispose que les époux doivent faire une description authentique de leurs meubles, et l'article 1446 du Code italien, déclare que c'est seulement cette description authentique qui fait preuve à l'égard des tiers.

Le législateur n'impose nulle part l'obligation de faire mention de cette description dans le contrat de mariage, de sorte que le tiers qui contracte avec le mari, administrateur de la communauté, est dans l'impossibilité de savoir si la description authentique existe ou non. Il en résulte un péril pour le tiers, qui étant persuadé que la dite description n'existe pas, contracte avec le mari. Or, plus tard il peut se voir évincé de son droit par une action en revendication de la femme.

En France le tiers n'a rien à craindre ; la femme a une action en dommages-intérêts contre son mari, mais elle n'a pas une action en revendication des biens meubles corporels contre le tiers, lequel est presque toujours couvert par l'article 2279, 1^{er} alinéa.

En Italie il n'en est pas de même. La femme a le droit, en vertu de la disposition expresse de l'article 1445 (1), dernier alinéa, de revendiquer ses meubles aliénés par le mari (2). Le tiers, pour se mettre à l'abri de toute surprise, doit exiger, ou l'intervention de la femme dans l'acte, ou sa déclaration que la description authentique requise par l'article 1437 du Code civil n'existe pas. La déclaration mensongère de la femme, dans le cas où celle-ci voudrait plus tard revendiquer le meuble, donne au tiers acquéreur le droit d'intenter une action reconventionnelle en dommages-intérêts. L'article 1446 du Code civil italien, s'applique dans tous les cas, de sorte que la femme ne peut prouver son droit

1. Art. 1445 dernier alinéa : « La femme ou ses héritiers peuvent aussi répéter la valeur des objets mobiliers appartenant à la femme et exclus de la communauté... »

2. Piola, *op. cit.*, n° 58, p. 755.

sur un meuble, contre le tiers, que moyennant l'acte authentique (1).

Ayant examiné les cas généraux, passons maintenant aux rapports spéciaux des tiers avec chacune des trois masses de biens.

2° **Les propres des époux et les tiers.** — La composition des propres de la femme par rapport aux biens de la communauté subit des modifications en vertu des articles 707, 1262 et 1942, 1^{er} alinéa du Code civil italien. D'après ces articles : a) Les immeubles et les actes qui, par la transcription ou la non transcription, apparaissent comme appartenant à la femme en pleine propriété ; b) la nue-propriété des meubles et immeubles dont la jouissance tombe en communauté même à l'égard du tiers ; c) la nue propriété de la créance que la femme a envers la communauté pour ses propres imparfaits ; d) les meubles par leur nature, les titres au porteur et les créances dont la femme a la possession, rentrent à l'égard des tiers dans les biens propres de la femme.

Rentrent dans le passif propre de la femme :

Toutes ses dettes antérieures au mariage ;

Les dettes qui grèvent les successions ou les donations à elle échues durant la communauté ;

Les dettes purement personnelles contractées par la femme en son propre nom ;

Les dettes de communauté contractées par la femme en son propre nom, le tiers étant de bonne foi.

Réglementation des rapports concernant les propres de la femme et les tiers. — Nous avons vu que chaque époux conserve l'administration de ses propres. La femme peut donc engager son patrimoine envers un tiers pour tout ce qui concerne l'administration de ses propres. Mais ses créanciers ne peuvent poursuivre les acquisitions de la communauté. Une seule exception y est faite pour les créanciers de la femme commer-

1. Piola, *op. cit.*, n° 58, p. 799 s.

çante. Ils peuvent se faire payer sur les propres de la femme, sur la jouissance de ses biens qui tombent en communauté, sur les acquêts. Seule la jouissance des biens du mari leur échappe, en vertu de l'article 14 du Code de commerce italien qui déclare que toute la communauté n'est pas tenue des dettes de la femme commerçante (1). On sait, d'autre part, que le droit italien n'admet pas le principe énoncé dans l'article 1409 alinéa 2°, du Code civil français à savoir, que les dettes de la femme contractées avec le consentement du mari se transforment en dettes de communauté.

Une réglementation identique existe en Italie pour les rapports des tiers avec les propres du mari. On distingue le mari, propriétaire de ses propres, et administrateur de la communauté. Si le mari agit dans son intérêt et en son propre nom, la communauté ne répond pas de ses engagements; au contraire de ce qui a lieu s'il agit comme administrateur. On ne peut conclure du droit du mari d'aliéner les biens de la communauté, que les créanciers personnels du mari peuvent exécuter leurs droits sur ces biens (2) sans compensation pour la femme. Une seule exception est faite pour le mari commerçant comme pour la femme commerçante (3) (art. 782).

3° **Les rapports entre la communauté et les tiers.** — Nous traiterons cette matière en deux paragraphes concernant: le premier les rapports durant la communauté et le second les rapports après la dissolution de la communauté.

1. Article 14 du Code de commerce italien, § 2: « Si la femme est en communauté de biens avec son mari, conformément aux dispositions du Code de commerce, elle oblige même le mari, mais seulement quant aux acquêts de la communauté. »

2. *Contra*: Bianchi, *op. cit.*, p. 425 et 1426; Ricci, *op. cit.*, VII, p. 89 accepte le système français. Mais en France cela s'explique car les qualités du mari d'être propriétaire de ses biens et administrateur de la communauté, sont inséparables; le mari est donc le titulaire des deux patrimoines.

3. Piola, *op. cit.*, n° 61, p. 803.

§ 1. — *Les rapports pendant la communauté*

Pour les tiers la communauté existe telle qu'elle résulte du contrat de mariage. Ils peuvent entrer en rapport avec elle soit du fait de son administrateur, soit en cas de gestion d'affaires, soit en cas d'enrichissement.

Ces deux dernières sources de rapports, ne donnent pas lieu à des difficultés. La communauté reste obligée envers le gérant et envers celui qui l'a enrichie, en vertu des principes généraux de la *negotiorum gestio* et de l'*actio in rem verso*. Si un doute pouvait encore subsister, il serait dissipé par l'article 1728 du Code civil italien (1864 fr.) qui déclare que la société — et la communauté en est une — n'est pas engagée par l'associé non qualifié pour le faire « à moins... que la chose n'ait tourné au profit de la société ».

Les difficultés ne se présentent donc qu'à l'occasion de l'administration. Seul le mari administrateur peut traiter, dans les limites de son mandat légal, avec les tiers au nom de la communauté. Ses pouvoirs sont limités aux actes à titre onéreux. Le mandat lui étant donné par la loi, le conjoint non administrateur ne peut demander l'annulation des actes faits par l'autre conjoint durant la communauté. Il n'a que le droit de s'opposer par avance à leur accomplissement. Mais une fois accomplies, même s'ils sont frauduleux, même s'ils sont à titre gratuit, ces actes ont une existence juridique. Tout ce que la femme peut faire, c'est de demander la séparation de biens.

L'acte à titre gratuit est valablement fait du consentement des deux époux ; par conséquent, la femme peut ratifier pendant la communauté un acte à titre gratuit fait par le mari (1).

1. Bianchi, *op. cit.*, p. 422 soutient que c'est seulement après la dissolution de la communauté que la femme peut ratifier l'acte à titre gratuit fait par le mari avec les biens de la communauté, ce qui s'explique puisqu'il refuse la validité de l'acte à titre gratuit fait par les deux conjoints.

Dans la société civile, les obligations assumées légalement par l'administrateur, ne sont pas à la charge de la société mais à celle des associés (conf. art. 1726-1727 Code civil italien ; 1892-1863 fr.). Ce principe souffre des restrictions dans son application à la communauté, à cause du droit de la femme d'y renoncer ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire.

La femme garde ses droits en Italie, même si on suppose qu'elle soit intervenue en son propre nom dans les obligations assumées par le mari comme administrateur de la communauté, parce qu'elle ne peut pas faire indirectement ce que la loi lui refuse directement, c'est-à-dire engager ses propres pour les dettes de la communauté. Le tiers ne pourra donc pas poursuivre les biens propres de la femme pour une dette commune ; s'il le fait, la femme peut demander la séparation de biens.

Le mari, lui, est tenu indéfiniment sur ses propres pour les obligations de la communauté, sauf son droit de récompense. Il reste obligé même lorsque c'est la femme ou un tiers qui a administré la communauté, car même dans ce cas la femme ne perd pas la faculté de renoncer à la communauté ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire (1). L'application de ce principe ne présente aucune difficulté, s'il ressort de l'acte accompli ou d'une déclaration, que le mari a agi en son propre nom ou pour le compte de la communauté. Mais il peut arriver que le mari agisse sans faire connaître sa qualité, et que d'autre part il ne soit pas établi clairement dans l'intérêt de qui, du mari ou de la communauté, l'acte a été accompli.

En droit français ces difficultés ne se présentent pas : toutes les dettes contractées par le mari durant la communauté sont dettes de communauté (art. 1409 n° 2 Code civil), peu importe qu'elles aient été contractées au nom et dans l'intérêt de la communauté ou au nom et dans l'intérêt du mari. L'absence d'une disposition analogue

1. Piola, *op. cit.*, n° 62, p. 805.

dans le Code civil italien et le fait que le mari n'est en outre qu'un administrateur de la communauté, font que ces principes ne peuvent être appliqués. Si le mari italien n'a pas agi dans l'intérêt de la communauté, ou en sa qualité d'administrateur, ou encore si les acquisitions faites n'ont pas tourné au profit de la communauté, les actes accomplis par lui n'engagent pas la communauté. Le tiers se trouve-t-il dans l'impossibilité de prouver l'un des faits énumérés qui obligent la communauté, alors il ne peut diriger son action que sur les propres du mari. Quelques auteurs (1), sous l'influence des jurisconsultes français, soutiennent, sans tenir compte des différences entre les deux codes, que les dettes contractées par le mari en son propre nom durant la communauté, obligent la femme sur sa quotité de biens communs. Mais il ne suffit pas de conférer à quelqu'un un mandat, pour que les biens du mandant répondent des obligations prises par le mandataire en son nom et pour son compte. Si l'on veut admettre que les obligations contractées par le mandataire dans ces conditions obligent le mandant, on devrait implicitement admettre que les biens de la communauté répondront des obligations personnelles du mari, ce qui est inconcevable dans le droit italien. Une seule exception est admise pour le cas où le mari constitue une dot aux enfants légitimes avec les biens communs (2).

Les rapports entre les créanciers personnels des époux et les créanciers communs. — Qu'on les considère avant ou après la dissolution de la communauté, ces rapports sont les mêmes en France qu'en Italie. On doit néanmoins attirer l'attention sur deux questions :

En Italie il n'y a pas de concours possible entre les créanciers personnels de la femme et ceux de la communauté, puisque les premiers ne peuvent se faire payer

1. Bianchi, *op. cit.*, p. 426 ; Stolfi, *op. cit.*, p. 410 ; App. Catania, 15 décembre 1893 (Foro Cat., 1894, 43).

2. Stolfi, *op. cit.*, p. 410 ; App. Turin, 22 décembre 1905 (Giur. For., 1906, 97).

sur la communauté et les seconds sur les propres de la femme.

En matière de séparation de biens dans le régime dotal, l'article 1422 italien (1447 fr.) accorde aux créanciers du mari le droit de « réclamer contre la séparation de la dot prononcée par l'autorité judiciaire, et même exécutée en fraude de leurs droits ; ils peuvent aussi intervenir dans l'instance pour s'opposer à la demande en séparation ».

On ne trouve pas cet article parmi ceux rappelés par l'article 1442 concernant la séparation de biens sous le régime de la communauté. Le silence de la loi italienne s'explique par ce fait que la fraude possible en cas de séparation de biens dans le régime dotal et en cas de partage de la communauté, n'est guère possible en cas de séparation de biens sous ce dernier régime. En effet, nous venons de voir que les créanciers du mari n'ont aucun droit sur les biens communs. Quant à la protection des créanciers dans le partage de la communauté, elle est assurée par l'article 680 italien (882 fr.), de sorte que la disposition de l'article 1422 du Code civil italien ne peut s'appliquer en notre matière (1).

§ 2. — *Rapport entre le tiers et la communauté dissoute*

En France l'article 252 du Code civil, dernier alinéa dispose que le jugement «... ne produira effet au regard des tiers que du jour de la transcription ». De même l'article 1445 dit que « toute séparation de biens doit avant son exécution être rendue publique... à peine de nullité de l'exécution ». Nous savons d'autre part que l'absence ne dissout pas de plein droit la communauté française. Seule la séparation de biens accessoire à la séparation de corps produit de plein droit, comme en Italie, des effets valables envers les tiers, quoique le jugement qui la prononce ne soit pas soumis à la publicité.

1. Piola, *op. cit.*, n° 64, p. 805.

Par la dissolution de la communauté italienne le mari perd tous ses pouvoirs d'administrateur ; si la dissolution a lieu par un jugement, la transcription de celui-ci n'est pas nécessaire. Chaque époux devient de plein droit capable envers les tiers de disposer de ses biens et de sa quote-part de la communauté.

Le conjoint peut avoir légué par testament des biens de la communauté. Le droit français, comme on le sait, fait une différence entre les époux : le legs du mari s'exécute toujours soit en nature soit par équivalent ; privilège résultant de ses pouvoirs sur la communauté. Le sort du legs fait par la femme dépend au contraire, du partage. Il sera valable si le bien légué tombe dans le lot de ses héritiers, et nul, comme portant sur la chose d'autrui s'il tombe dans le lot du mari.

En Italie, où aucune disposition analogue à celle de l'article 1423 n'existe, une pareille solution est heureusement exclue. On applique toujours l'article 839, qu'il s'agisse d'un legs du mari ou de la femme. Le légataire n'a de droit que sur la partie dont le testateur a eu la propriété, à moins qu'il n'apparaisse que sa volonté a été de léguer le bien tout entier. Dans ce cas il est loisible à l'héritier soit d'acquérir le bien légué pour le remettre au légataire, soit de lui en payer le juste prix. Le légataire a, à son tour, le droit d'exiger la valeur de son legs, si celui-ci tombe dans le lot de l'autre conjoint et s'il n'a droit qu'à la quotité du disposant. Pour tous les autres rapports il n'y a aucune différence à signaler entre les deux législations.

Situation des tiers en présence de la renonciation à la communauté, ou de son acceptation sous bénéfice d'inventaire. — Si la femme renonce à la communauté au préjudice des tiers, ses créanciers personnels peuvent, en Italie comme en France, attaquer la renonciation jusqu'à la concurrence de leur créance (art. 1949 it., 788 fr.). De même, la femme italienne ne peut exercer ses reprises à l'encontre des créanciers de la communauté ; elle vient en concours avec eux et n'a aucun

droit de préférence, même pas celui qui est attaché à l'hypothèque légale de la femme française.

Si la femme accepte la communauté sous bénéfice d'inventaire, elle exerce ses droits de prélèvement comme en cas de renonciation. La femme ayant l'administration de sa quote-part de communauté et du préciput fait en sa faveur, est obligée d'en rendre compte à ses créanciers, et elle est tenue sur ses propres jusqu'à concurrence de la somme qu'elle doit. Le mari n'est que débiteur subsidiaire de ce que la femme aurait dû si la communauté avait été acceptée purement et simplement (art. 969 it. et 803 fr.). La femme est responsable de ses fautes lourdes dans l'administration, elle donne caution à la demande des créanciers (art. 975 it. et 805 fr.), elle paye les créanciers en tenant compte de l'ordre de leur opposition et de leurs droits de préférence. En un mot, elle doit accomplir envers les tiers les mêmes obligations que l'héritier bénéficiaire.

Les tiers et le rétablissement de la communauté. —

Le rétablissement de la communauté doit être fait par acte public. Cet acte est en Italie un acte de société, car il fait revivre la société civile de la communauté. Il s'en suit que si les conjoints ont des immeubles, ils doivent prendre inscription, pour que l'acte ait efficacité envers les tiers, de la même façon que pour le contrat de mariage. Les droits acquis par les tiers durant la séparation restent valables après le rétablissement de la communauté. et par une juste réciprocité, il faut respecter les droits acquis pendant la même époque par les époux. Donc les droits des tiers éteints avec la dissolution de la communauté ne ressuscitent pas avec son rétablissement (1).

1. Piola, n° 68, *op. cit.*, p. 808.

CHAPITRE IV

RÉGIME DOTAL

Généralités. — Le régime dotal étant un régime conventionnel en France aussi bien qu'en Italie, ne se présume pas. Une déclaration expresse, quoique non solennelle, est néanmoins nécessaire (art. 1388, C. c. ital., 1540, C. c. fr.) ; elle doit être faite par acte notarié et rédigé antérieurement au mariage (1). De ce principe découle l'inutilité de la disposition comprise dans l'article 1390 du Code civil italien, savoir : « si la femme passe un second ou subséquent mariage, la dot assignée dans son mariage précédent, n'est pas censée reconstituée tacitement ». Cette disposition était d'autant moins nécessaire que les articles 1409 et suivants du code, déclarent qu'avec la dissolution du mariage la femme recouvre la pleine disposition de sa dot. Il n'y a pas en France de disposition analogue à celle de l'article 1390 italien (2), mais tout le monde est d'accord pour exclure la constitution tacite ; d'ailleurs l'article 1392 du Code civil français, 1^{er} alinéa, dispose que les biens constitués en dot ne sont pas soumis au régime dotal « s'il n'y a pas dans le contrat de mariage une déclaration expresse à cet égard ».

En revanche le second alinéa du même article est superflu aujourd'hui. En effet il déclare que « La soumission au régime dotal ne résulte pas non plus de la simple déclaration faite par les époux, qu'ils se marient sans communauté ou qu'ils seront séparés de biens » (3).

1. Bianchi, *op. cit.*, n° 90 ; Stolfi, *op. cit.*, p. 321 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, III, p. 266.

2. Cette disposition a été copiée littéralement d'après l'article 1518 du code Albertin.

3. Il y a une certaine analogie entre les deux dispositions

SECTION I

Les constitutions de dot

1^o Signification du mot dot. 2^o Caractères généraux des constitutions de dot. 3^o Pactes accessoires de la dot.

1. **Signification du mot dot.** — L'article 1388 du Code civil italien mis en tête du chapitre II « De la dot » titre V, livre III, la définit en disant qu'elle « consiste dans les biens que la femme ou une autre personne agissant pour elle, apportent expressément à ce titre au mari pour supporter les charges du mariage ». M. Gallupi (1) affirme que la définition aurait du contenir cette condition que la dot sera restituée à qui de droit à la dissolution du mariage. Pour être complète, ajoute M. Stolfi (2), la définition aurait du comprendre en plus ces notions, que la dot est inaliénable et que le mari seul peut l'administrer et en recueillir les fruits.

Nous croyons que le mot « dot » n'a d'autre signification que celle que nous venons de voir. Il ne désigne pas, comme en France, la partie des biens de la femme destinée à subvenir aux dépenses de la vie commune sous quelque régime que ce soit. La dot n'existe en Italie que dans le régime dotal (3). Elle est tellement

superflues précitées. L'article français a été écrit pour empêcher la perpétuation des anciennes habitudes des pays de Droit écrit où une simple allusion à une règle du régime dotal était considérée comme suffisante pour soumettre les époux à ce régime. La disposition italienne a été introduite avec l'intention d'empêcher une fausse interprétation du texte du Digeste : L. 40. *De jure dotium*. En effet les praticiens ont pris l'habitude d'étendre la présomption de reconstitution de la dot, écrite dans le texte du Digeste en faveur seulement de l'hypothèse de la réconciliation des conjoints divorcés, au second mariage de la femme dotale avec un autre mari (V. Bianchi, n^o 90).

1. Gallupi, *La Dote secondo il diritto civile italiano*, p. 30.

2. Stolfi, *op. cit.*, p. 318.

3. Bianchi, *op. cit.*, p. 17.

liée à ce régime, qu'on a maintenu la séparation judiciaire de la dot comme une institution différente de la séparation judiciaire de biens dans les autres régimes.

Pour nous rendre mieux compte de l'idée du législateur italien, comparons la définition de la dot ci-dessus mentionnée à la définition donnée dans l'article 1540 du Code civil français, mis, lui aussi, en tête du chapitre III « Du régime dotal ». Il s'exprime ainsi :

« La dot sous ce régime comme sous celui du chapitre II (Du régime en communauté) est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. » Si l'intention du législateur italien avait été d'étendre la notion de dot en dehors du régime dotal, il aurait eu à sa disposition deux moyens : soit de le dire expressément comme l'a fait le législateur français, soit de placer la définition dans les « Dispositions générales » du contrat de mariage. Or il n'a fait ni l'un ni l'autre, et par conséquent, la notion de dot n'est applicable qu'au régime dotal, et toutes les fois qu'on parle de dot il y a régime dotal même si d'après les dispositions du contrat de mariage il semblerait que le régime convenu soit plutôt un autre.

La dot se divise en Italie comme en France en dot mobilière et immobilière, estimée et non estimée, mais on doit y ajouter d'autres divisions, à savoir celles de dot générale ou spéciale et de « *dote de quantità* » ou « *dote de qualità* » appelée encore « *di specie* ».

La dot générale comprend tous les biens présents et futurs de la femme, tandis que la dot spéciale est composée de quelques-uns de ses biens.

On dit que la dot est « *de qualità* » quand le mari, quelle que soit la nature des biens dotaux, reste débiteur non pas des choses données en dot mais de leur prix.

La dot est « *di specie* » quand le mari doit restituer, le cas échéant, les biens mêmes reçus en dot (1). Avec

1. Stolfi, *op. cit.*, p. 319 ; Paoli, p. 44 s.

M. Roguin (1) nous observons que la distinction faite entre la dot consistant en corps certain et la dot formée d'une quantité de biens fongibles est mise plus en relief par les auteurs italiens que par les auteurs français.

2° Caractères généraux des constitutions de dot.

a) *Obligation de doter.* — Cette obligation pour les parents n'est pas reconnue dans aucun des deux pays. Elle est remplacée par une simple obligation naturelle. L'article 147 italien a emprunté son contenu à l'article 204 du Code civil français. La jurisprudence italienne décide même que le tiers qui a volontairement payé la dot stipulée dans un acte sous seing privé, ne peut la répéter à cause de son obligation naturelle ; mais la somme en question ne serait pas une dot au sens propre du mot (2).

De nos jours la dot peut être constituée par la future épouse, par ses parents ou par un tiers.

b) *L'époque de la constitution de dot.* — L'article 1391 italien, moins rigoureux que l'article 1543 français, dispose que « la dot ne peut être ni constituée, ni augmentée par les époux pendant le mariage ». Pour les tiers il n'y a donc pas de restriction, et il n'y en a jamais eu en Italie. Les tiers peuvent constituer une dot ou l'augmenter avant comme après la célébration du mariage (1). On ne voit pas, d'ailleurs, de raison sérieuse pour empêcher un tiers d'avantager une famille par une constitution de dot ou par son accroissement, donnant ainsi au mari la possibilité de mieux soutenir les charges du ménage. Quant à la prohibition imposée aux époux, elle s'explique en Italie par l'interdiction complète des donations entre époux. Elle est, en tous cas, plus logique qu'en France, où il y a une opposition évidente entre l'interdiction de constituer ou d'augmenter la dot pendant l'union conjugale et la faculté

1. *Op. cit.*, p. 651.

2. Macerata, 3 janv. 1884 *Raccolta Bettini*, 1884, II, 177 ; Turin, 2 fév. 1880 (*Giur.* 1880, 639).

accordée aux époux de se faire des donations, simplement révocables (1).

Nous avons dit que la dot peut être constituée par la femme elle-même, par les parents ou par les tiers. Quand la dot est constituée par la femme, elle est réglementée de la même manière dans les codes des deux pays. Il faut pourtant signaler une différence concernant le contenu de la dot constituée de biens à venir. S'agit-il alors seulement des biens acquis par la femme à titre gratuit, ou la constitution comprend-elle aussi les gains que la femme parviendrait à accumuler pendant le mariage en exerçant une profession distincte de celle du mari ? La jurisprudence française se prononçait pour la seconde solution ; la doctrine pour la première. Cette controverse a été tranchée par la loi du 17 juillet 1907 qui décide que les biens réservés de la femme sont des paraphernaux. En Italie, la doctrine soutient, comme l'ancienne jurisprudence française, que les biens à venir de la femme comprennent les biens des deux catégories. Bien entendu les gains ne deviennent dotaux que par leur conversion en un capital productif, en un vrai et propre accroissement du patrimoine. La femme, d'autre part, a le droit de prélever journalièrement la somme nécessaire pour ses besoins personnels.

Supposons qu'un mari fasse à son épouse une donation par contrat de mariage. Les biens ainsi donnés sont-ils dotaux ou paraphernaux ? Si la femme doit les recueillir seulement à la dissolution du mariage, tout le monde accepte la paraphernalité des biens qui composent la donation. Mais si ces biens tombent immédiatement dans le patrimoine de la femme, la question, en France, est controversée. La plupart des auteurs refusent de leur appliquer la présomption de dotalité écrite dans l'article 1541 du Code civil français. D'autres, parmi lesquels

1. Bianchi, *op. cit.*, p. 76 ; Roguin, p. 648 ; Foschini, *Istituzioni di diritto civile romano e italiano*, I, § 173, p. 139 ; Stolfi, *op. cit.*, p. 324.

M. Planiol, voient dans la donation des biens présents le caractère dotal, parce que le dit article n'établit aucune distinction. En Italie, où toute disposition analogue fait défaut, les biens donnés par le mari, qu'ils soient présents ou à venir seront toujours des biens paraphernaux (1).

En ce qui concerne la constitution de dot faite par un tiers, il faut aussi signaler une différence qui est, cette fois, d'ordre législatif. Cette constitution étant une donation faite en faveur du mariage n'est pas révocable en France pour cause d'ingratitude (art. 959. C. c. fr.), mais elle le devient en cas de survenance d'enfant au donateur constituant (art. 960, même code). Au contraire, d'après l'article 1087 du Code civil italien «... demeurent irrévocables tant pour cause d'ingratitude que de survenance d'enfant, les donations... faites en vue d'un mariage déterminé... »

Pour la dot constituée par les père et mère, les dispositions des deux codes, relatives à la contribution de chacun d'eux sont identiques (art. 1392-1396 ital. ; 1544-1547 franç.). Mais du fait que l'article 1391 italien interdit seulement aux époux la constitution ou l'augmentation de la dot pendant le mariage, il s'en suit que les parents ont les mêmes droits que les tiers (2). D'où un problème qui ne se pose pas en droit français. On s'est demandé en Italie sur la validité d'une constitution de dot faite durant le mariage par le parent survivant avec ses propres, et avec ceux appartenant au parent prémourant. Le tribunal de Casale a accepté cette constitution en soutenant qu'une dot ainsi constituée, ne peut pas être regardée comme faite par la dotée elle-même (3). Décision erronée, dit Bianchi (4), car les biens du parent

1. Roguin, *op. cit.*, p. 155, n° 1. Bianchi, *op. cit.*, p. 123.

2. Cass. Rome, 8 juillet 1882 (*Annali*, 1882. I, 1.34) ; App. Catania, 9 janvier 1880 (*Giur. ital.*, 1880. I, 2.522) ; Bianchi, *op. cit.* p. 79 ; Paccifci. Mazzoni, *op. cit.*, VI, p. 709.

3. 26 février 1867 (*Gaz. des Trib. di Genova*, XIX. I, 600).

4. Bianchi, *op. cit.*, p. 155.

prémourant constituent une partie de la succession (« assignamento ») propre à la personne dotée, de sorte que le parent survivant ne peut en disposer sans le consentement de cette dernière. Par conséquent, si la dotée accepte, elle s'est constituée ou augmentée elle-même sa dot, ce qui est en opposition avec les dispositions de l'article 1391 du Code civil italien.

c) *L'action paulienne et la dot.* — On connaît la grande controverse qui existe sur la question de savoir si la constitution de dot faite par un tiers est un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux.

Rappelons seulement que la Cour de cassation a à plusieurs reprises décidé, malgré les protestations unanimes de la doctrine, que la constitution de dot est un acte à titre onéreux même dans le rapport de l'époux doté avec le constituant. En d'autres termes la jurisprudence française a dénié complètement l'application de l'action paulienne en matière de dot.

La controverse subsiste aussi en Italie où on distingue trois opinions.

La première soutient le caractère gratuit de la constitution de dot faite par un tiers, par rapport aux deux époux, au moins quand la constitution a eu lieu pendant le mariage. Elle a alors lieu, en effet, à un moment où le mari a déjà assumé les charges du mariage indépendamment de toute constitution. Celle-ci n'a comme but que d'améliorer les conditions économiques, et cette amélioration ne peut être faite qu'à titre gratuit (1).

La seconde opinion reconnaît à la constitution de dot un caractère onéreux par rapport toujours aux deux conjoints (2).

Enfin la troisième opinion la plus répandue, distingue entre le mari et la femme. Entre le constituant et le mari il y a un acte à titre gratuit fait « a sustinenda

1. Cass. Rome, 26 fév. 1880 (*Leggo*, XX, I, 576).

2. Cass. Palerme, 6 août 1891 (*Foro ital.*, 1892, I, 322); App. Catania, 21-sept. 1890 (*Foro cat.*, 1891, 3); App. Turin, 3 mai 1889 (*Foro ital.*, 1890. I. 107 avec une note de M. Giorgi).

onera matrimonii », tandis qu'entre le constituant et la femme, la constitution est à titre onéreux (1).

3° Pactes accessoires de la dot. — Le régime dotal est souvent caractérisé par des conventions pécuniaires plus ou moins liées à la dot et qui en sont soit des corollaires, soit des contre-parties. Les plus importants de ces pactes accessoires sont les gains dotaux proprement dits « *i lucri dotali* » : l'augment et le contre-augment. On trouve d'autres pactes moins importants ou moins employés comme « il trattamento », les épingles (lo spillatico) et le trousseau (il corredo nuziale).

Plusieurs de ces avantages autrefois légaux sont aujourd'hui seulement conventionnels (2). Il ne reste que quelques avantages légaux accordés à la femme, qu'elle ait ou non apporté une dot, tant en France qu'en Italie. Il s'agit de l'habitation pour l'année de deuil, des vêtements de deuil et des aliments pendant l'année qui suit la mort du mari (art. 1570, 2^e al. C. c. fr., 1415, 2^e al. C. c. ital.).

Passons en revue succinctement les pactes ci-dessus énumérés.

a) *L'augment et le contre-augment (i lucri dotali).* — Ils peuvent encore de nos jours être stipulés en France, mais ils sont soumis aux règles ordinaires des donations.

En Italie ils sont prévus par l'article 1398 du Code civil (3). Le législateur a supprimé, lui aussi, « *il lucro dotale* » légal. Anciennement cette notion, concernait le contre-augment seulement ; les rédacteurs du Code civil ont étendu cette notion à l'augment (4).

Voyons la disposition de l'article 1398 du Code civil

1. Stolfi, *op. cit.*, p. 321 ; M. Gabba est d'avis contraire. Il voit dans la libéralité envers la femme une simple condition du contrat onéreux ; Cass. Turin, 29 mai 1878 (Raccolta Bettini, XXX, I, 258).

2. Le Code italien a suivi en cela le Code Napoléon ; « ce qui est incontestablement un recul sur l'ancien droit ». M. Ripert, *Cours de doctorat*, 1921-1922.

3. Cet article a été pris au Code Albertin, art. 1529.

4. Bianchi, *op. cit.*, p. 169 ; Stolfi, *op. cit.*, p. 334.

italien. « Dans le contrat de mariage les époux peuvent convenir d'un gain sur le montant de la dot en faveur de l'époux survivant.

Le gain se défère en propriété à l'époux survivant s'il n'y a pas de descendant de l'époux prédécédé, et, dans le cas contraire en simple usufruit, à moins que les époux n'en aient convenu autrement.

Le gain dotal ne peut être stipulé sur la dot qui est constituée par d'autres ou augmentée pendant le mariage, et il ne porte jamais préjudice aux héritiers qui ont droit à une portion légitime. »

La validité de ces gains de survie est importante en ce qu'ils dérogent, en faveur des époux, à la prohibition des pactes sur successions futures.

Le troisième alinéa de l'article 1398, à cause de son manque de clarté, a donné lieu à une controverse, relativement à l'étendue de l'interdiction qu'il édicte. Les époux ne peuvent disposer par des gains de survie d'une dot qu'un tiers constitue ou augmente pendant le mariage et cela pour un motif analogue à celui qui les empêche de constituer ou d'augmenter la dot durant la même époque.

Mais ce tiers constituant, peut-il établir un gain de survie pour le mari sur la dot de l'épouse ?

Les opinions sont partagées. Une partie de la doctrine (1) du fait que l'article 1398, 1^{er} alinéa affirme que « dans le contrat de mariage les époux peuvent convenir d'un gain sur le montant de la dot en faveur de l'époux survivant », tire cette conséquence que le législateur a voulu empêcher le tiers constituant de pouvoir réserver l'avantage au mari survivant. D'autres auteurs d'un avis contraire, accordent le dit droit au tiers constituant de la dot. Les partisans de cette opinion se divisent à leur tour en deux groupes : les uns (2) interprétant à la lettre le texte de l'article 1391 lequel

1. Bianchi, *op. cit.*, p. 169 ; Stolfi, *op. cit.*, p. 334.

2. Ricci, *Diritto civile*, VI, 28 ; Paoli, *op. cit.*, p. 59

interdit seulement aux époux, d'augmenter ou de constituer la dot pendant le mariage, accordent *per a contrario* au tiers constituant le droit d'établir un gain de survie sur la dot de la femme, en faveur du mari.

Le second groupe (1) croit que dans le premier alinéa de l'article 1398 le législateur a consacré seulement le cas le plus fréquent parce qu'il a voulu reconnaître expressément l'efficacité d'une convention qui aurait pu être considérée comme un pacte sur succession future, mais il n'en résulte pas que le tiers ait été mis dans une autre situation que les époux. Bianchi, repousse ce dernier argument pour le motif que le code déclare prohibée la substitution fideicommissaire (art. 899 ital.), prohibition étendue aux donations par l'article 1073 du même code. Or il est certain qu'« *il lucro dotale* » imposé par le donateur prend la forme de l'institution fideicommissaire.

D'après le même article 1398 « *il lucro dotale* » peut porter sur un bien quelconque : propriété, usufruit, totalité ou partie de la dot (2), avec les seules restrictions apportées par le troisième alinéa. Celui-ci ne permet de toucher ni à la part qui revient aux héritiers qui ont la légitime, ni à la part reconnue par l'article 770 aux enfants d'un premier lit de l'époux donateur.

Les gains de survie sont dûs dans toute sorte de constitution de dot : de quantité, de qualité, payée postérieurement à la constitution ou simplement promise. En effet, on peut dans tous ces cas estimer la valeur de la dot, et connaître ainsi la valeur des gains de survie (3).

La loi n'impose ni la réciprocité entre époux, ni l'égalité; néanmoins le plus souvent il y a stipulation d'un gain dotal égal de part et d'autre.

« *Il lucro dotale* » est une convention accessoire à la constitution de dot et suit le sort de celle-ci; il se mesure

1. Borsari, *op. cit.*, § 3386.

2. Bianchi, p. 181.

3. Cass. Rome 28 juillet 1923 (Giur. ital., I. 1.768).

sur ce qui reste de la dot à la dissolution du mariage (1); il est réduit en proportion de la réduction subie par la dot. La femme peut prendre inscription de son hypothèque légale sur les biens du mari pour une somme équivalente à la dot et au gain de survie; mais si elle prend une inscription spéciale, elle n'a de ce fait aucun droit de préférence à l'encontre des créanciers du mari. Le mari peut aussi prendre hypothèque sur les biens de la femme pour assurer son gain de survie, s'il y a convention en ce sens.

D'après l'article 820 du Code civil italien (ancien art. 760 C. c. fr.) le conjoint survivant, doit imputer son « lucro dotale » sur sa part de succession ab intestat; le lucro n'est donc qu'un minimum qui lui est assuré, parce qu'il n'augmente pas la portion qu'il détienne en vertu de la loi.

Il est permis de renoncer au lucro dotale, mais seulement après la dissolution du mariage; autrement on changerait les conventions matrimoniales.

De même, on peut en disposer par acte de dernière volonté sous la réserve que l'époux avantagé survive (2). Le droit au gain de survie se perd : *a*) Par la femme si elle ne respecte pas le délai de viduité imposé par la loi (art. 128 ital., 194 fr.); *b*) par l'époux ou les époux coupables en cas de séparation de corps, la séparation consensuelle étant exclue (3); *c*) par le crime ou la tentative de crime commis par l'un des conjoints sur l'autre (4).

b) Contre-dot. — La contre-dot est une convention analogue à ce que l'article 1398 du Code civil italien appelle « lucro dotale »; c'est un avantage constitué par le futur époux à la future épouse. Analogue et non identique, car à la différence de lucro dotale, la contre-dot devient immédiatement et irrévocablement la propriété de la femme. Il règne en cette matière des incertitudes dans la jurisprudence. Elle déclare, en effet, que la

1. Gênes, 31 mars 1865 (*Legge*, 1865, 672).

2. Bianchi, *op. cit.*, p. 182 s.

3. Turin, 27 janv. 1871 (*Giur.*, IX, 248).

4. Borsari, *op. cit.*, § 3388.

contre-dot est acquise à la femme seulement par le décès du mari. La jurisprudence confond donc les deux institutions. On en trouve l'explication dans l'influence du Code civil autrichien, lequel sous la dénomination de contre-dot désigne justement ce que le Code civil italien entend par *luero dotale*. Il ne faut pas s'attacher à cette conception jurisprudentielle. Le mutisme de la loi doit être suppléé par l'application d'un principe général écrit dans l'article 3 du titre préliminaire du Code civil italien (1). Il faut décider en conséquence, que la femme acquiert immédiatement la contre-dot sans qu'il soit nécessaire d'établir aucun rapport entre ce fait et la survivance du mari. C'est une question de fait que celle de savoir si durant le mariage la contre-dot fait ou non partie de la dot, ou si le mari en a ou non l'usufruit (2). La femme ne peut pas demander la séparation de la contre-dot, parce que celle-ci n'est pas créée *ad sustinenda onera matrimonii*.

c) *Spillatico* (*spilla* = épingle) appelée dans quelques provinces aussi « *ricamera* » (il *ricamo* = broderie), consacré dans la dernière partie de l'article 1399 du Code civil italien (3), n'est autre chose que le pacte permis par l'article 1549, 3^e alinéa du Code civil français.

Le « *spillatico* » type, est une convention stipulée dans le régime dotal par laquelle le mari concède à la

1. Article 3 du titre préliminaire du Code civil italien :

« On ne peut dans l'application de la loi, lui attribuer d'autre sens que celui qui résulte manifestement de la signification propre des termes employés d'après leur connexion entre eux et l'intention du législateur. Quand une question ne peut se résoudre par le texte précis de la loi, on doit recourir aux dispositions régissant des cas semblables ou des matières analogues ; si elle reste encore douteuse, elle se résoudra par les principes généraux du droit. »

2. Cass. Turin, 30 nov. 1890 (Racc. Bettini, 1890, I, 141).

3. Art. 1399, 2^e alinéa du Code civil italien : « Néanmoins il peut être convenu dans le contrat de mariage, que la femme recevra annuellement, sur sa simple quittance une partie des revenus dotaux pour ses mêmes dépenses et pour les besoins de sa personne. »

femme, sur sa simple quittance, une partie des revenus dotaux pour satisfaire ses menues dépenses. Mais il peut y avoir un pacte identique en dehors du régime dotal ; il y a alors un « spillatico improprio » qui, tout en étant une libéralité, n'y est pas une atteinte apportée à la prohibition de la donation entre époux, édictée par l'article 1054 du Code civil italien (1).

d) *Trattamento*. — On trouve ce pacte surtout quand la femme apporte une riche dot. La femme se fait promettre du mari les commodités et le train de vie conformes à son état social : carrosse, loge au théâtre, un certain nombre de domestiques affectés à son service, etc. Cette obligation du mari est fréquemment garantie par une hypothèque spéciale sur un de ses immeubles. Un changement dans l'état économique du mari lui donne droit de se libérer de cette obligation car le « trattamento » est une prestation alimentaire, et par conséquent elle ne peut pas être fixée irrévocablement (2). On étend l'article 144 du Code civil italien (p. 209) écrit pour les pensions alimentaires légales, aux obligations conventionnelles de même nature. D'ailleurs le « trattamento » n'est qu'une extension de l'obligation alimentaire imposée au mari par l'article 132 du Code civil (213-214 du C. civ. fr.) ; la loge de théâtre, la voiture, peuvent, à la rigueur, être considérées comme des choses nécessaires aux besoins de la vie (3).

e) *Corredo nuziale* est le trousseau apporté par la femme. Le Code civil italien ne s'en occupe pas, mais les tribunaux rendent à cet égard des décisions fréquentes surtout pour déterminer l'étendue de l'obligation de restitution qui pèse sur le mari, et pour fixer

1. Stolfi, 333, *op. cit.* ; Cass. Turin, 23 janvier 1873 (*La Legge*, 1873, 173) ; Cass. Rome, 17 mai 1887 (*La Legge*, 1887, II, 435) ; Cass. Palerme, 29 mai 1891 (*Annali*, 1891, I, 326).

2. Paoli, *op. cit.*, p. 55.

3. Bianchi, *op. cit.*, p. 156.

les droits des créanciers de ce dernier sur le trousseau (1).

SECTION II

Droits du mari sur les biens dotaux

1^o Nature juridique du droit du mari. 2^o Droit d'administration et de jouissance

1^o Nature juridique du droit du mari. — La controverse classique, depuis le temps des glossateurs n'a pas disparu, pas plus en France qu'en Italie. M. Stolfi (2) donne un aperçu général de la question et des différentes idées émises.

Ainsi, y a-t-il des auteurs qui considèrent le mari comme propriétaire de la dot, d'autres en reconnaissent la propriété à la femme. Certains auteurs ont essayé de faire de la dot un patrimoine domestique ; d'autres ont essayé d'attribuer au droit du mari une nature juridique différente de la propriété. Ces derniers se divisent à leur tour. Ils voient dans le droit du mari sur les biens dotaux soit un usufruit, soit un droit analogue au créancier antichrésiste, soit un droit composite qui participe : du droit de propriété et de l'usufruit, de la propriété et de la simple administration de l'usufruit ; ils voient encore le droit du mari comme le droit né d'un mandat de percevoir les fruits de la dot pour subvenir aux charges du mariage. Une partie de la doctrine — vu l'impossibilité de faire entrer le droit du mari dans une catégorie connue — a essayé d'y voir un droit *sui generis*, ce qui en vérité n'explique rien, mais indique au moins qu'il s'agit d'un *jus tertium*, d'un droit qui ne peut pas être confondu

1. Conf. Bianchi, *op. cit.*, 212.

2. *Op. cit.*, n^o 344 s. V. aussi un article de M. Messineo (dans *Atheneum* de 1920) intitulé : *La natura giuridica della comunione di beni* et la critique dans *Riv. di dir. com.* de 1921, p. 421.

avec aucun autre droit. M. Stolfi croit que le droit du mari n'est pas unique ; il varie d'après la nature des objets constitués en dot. Mais quoiqu'on puisse penser à cet égard, il ressort des dispositions du Code civil, seules décisives pour la solution du problème, qu'on doit distinguer la dot « *de quantita* » qui devient la propriété du mari et la dot « *de qualita* » qui reste la propriété de la femme. Cette division correspond à la division qui en France groupe d'une part les cas exceptionnels où le mari acquiert la propriété des biens dotaux (art. 1551-1552), et d'autre part tous les autres biens de la femme.

Les droits du mari sur la dot sont fixés en Italie par l'article 1599 du Code civil qui répond point par point à l'article 1549 français. Le mari n'est donc pas, dans les deux pays, propriétaire de la dot ; il a seulement l'administration et la jouissance des biens dotaux.

2^o Droit d'administration et de jouissance. — Pour maintenir l'unité de vue dans les affaires de famille, et pour permettre au mari, qui en est le chef, de percevoir les fruits nécessaires aux charges du ménage, c'est à lui qu'on a confié l'administration de la dot. Une question se pose à cette occasion :

La femme peut-elle se réserver ce droit par une clause spéciale du contrat de mariage ?

La jurisprudence française accepte la validité d'une pareille stipulation (1) en se fondant sur trois arguments : a) l'administration de la dot ne constitue pas une règle d'ordre public ; b) l'article 1388, qui interdit aux époux de déroger entre autres au droit appartenant au mari comme chef, n'est appliqué que dans le régime de communauté ; c) enfin on observe que l'article 1549 du Code civil confie seulement au mari l'administration de la dot, mais dans le régime dotal tel que le code l'a conçu et non pas dans un régime dotal organisé différemment

1. Cass., 17 février 1886. S. 86.1.161 avec une note en sens contraire de M. Lyon-Caen. D.P. 86.1.249.

par les époux, ainsi que l'article 1387 du code leur en reconnaît le droit. Ils peuvent par conséquent se donner un régime mixte empruntant au régime dotal les règles concernant la conservation de la dot, et au régime de séparation de biens les dispositions relatives à l'administration.

En Italie l'opinion opposée a prévalu (1). La doctrine soutient qu'on ne peut pas conventionnellement retirer au mari son droit à l'administration des biens dotaux, lequel d'ailleurs ne peut renoncer à son droit en faveur de sa femme. Il s'agit là, disent les auteurs, d'une prérogative de la puissance maritale qui est d'ordre public.

Nous nous demandons si après la loi du 17 juillet 1919 qui a reconnu la capacité de la femme mariée, les auteurs italiens maintiennent encore leur ancienne argumentation, ou s'ils n'acceptent pas comme nous le croyons, la possibilité pour la femme de se réserver le droit d'administration des biens dotaux.

En général les deux législations sont peu claires dans la détermination des droits du mari sur les biens dotaux, parce que les rédacteurs ont commis l'erreur de se contenter des principes généraux « dont on a une peine infinie à préciser la portée », comme dit M. Roguin (2).

Le droit de jouissance de la dot accordé au mari, dans le but de subvenir aux charges de la famille, est le même dans les deux codes.

Exercice des actions dotales. — Le mari a, en France et en Italie, l'exercice de toutes les actions dotales : réelles, personnelles, mobilières, immobilières, possessoires et pétitoires, avec, en principe, les mêmes conséquences pour la femme et les mêmes restrictions pour le mari. On doit observer cependant que le principe qui d'après la loi française et la jurisprudence réserve

1. Stolfi, *op. cit.*, p. 337 ; Bianchi, *op. cit.*, p. 242.

2. *Op. cit.*, p. 656.

exclusivement au mari, l'exercice de ces actions a été atténué en Italie. En effet, d'après M. Bianchi (1) le mari peut revendiquer seul un immeuble dotal, mais il est certain que, même avant la loi du 17 juillet 1919, la femme pouvait agir aux mêmes fins si elle était autorisée.

D'autre part on admet en Italie, contrairement à la doctrine et à la jurisprudence française, que le mari ne peut pas agir seul quant au procès ; le jugement rendu contre lui uniquement, n'oblige pas son épouse, parce que le mari n'est plus *domino dotis*. On se fonde sur l'article 2079 du code (2208 C. c. fr.) qui dispose que « les actes d'exécution sur les biens dotaux doivent être faits contradictoirement avec le mari et la femme ».

Nous voyons dans les deux différences ci-dessus indiquées, des réformes intéressantes à apporter à la législation française.

SECTION III

Inaliénabilité des biens dotaux

1^o L'inaliénabilité, règle essentielle du régime. 2^o Imprescriptibilité des biens dotaux. 3^o Exceptions à l'inaliénabilité de la dot. 4^o Droit des créanciers de la femme sur la dot. 5^o Garanties de la dot.

1^o L'inaliénabilité, règle essentielle du régime.

— L'inaliénabilité est le trait caractéristique du régime dotal. Les législateurs modernes ne voient plus dans la dot un élément essentiel du mariage. En vertu du principe de la liberté des conventions, la femme peut garder tous ses biens comme paraphernaux.

Les rédacteurs du Code civil italien ont eu, au moment de la confection du code, le choix entre deux systèmes d'organisation de l'inaliénabilité, déjà en application dans le pays (2). Le système du Code civil français et celui du

1. Bianchi, *op. cit.*, p. 245.

2. Le Code civil autrichien n'empêche en aucune manière l'aliénabilité du bien dotal.

Code des deux Siciles d'une part, lesquels reconnaissaient aux époux la liberté de stipuler l'aliénation de la dot dans le contrat de mariage. Si les époux n'ont pas fait de contrat, ils peuvent encore aliéner la dot en quelques cas limitativement déterminés par la loi. Le second système celui des codes d'Este, de Parme, du Code Sarde et des lois toscanes de 1814, d'autre part refuse aux époux la possibilité de stipuler dans le contrat de mariage l'aliénabilité de la dot, mais en échange il accorde au juge le droit de permettre l'aliénation de la moitié de la dot en cas de nécessité (1).

Les rédacteurs du Code italien, se sont inspirés de ces deux systèmes et sont arrivés à un résultat eclectique. A l'inaliénabilité de la dot, maintenue comme règle du régime dotal, ils ont apporté deux exceptions : l'une conventionnelle, l'autre légale. Ainsi le Code civil italien permet aux époux de stipuler l'aliénabilité de la dot dans le contrat de mariage pareillement au Code civil français, tout en laissant à l'autorité judiciaire la liberté de l'accorder, à défaut de stipulation dans tous les cas de nécessité et d'utilité évidente pareillement aux codes ci-dessus mentionnés.

Nous verrons plus loin que cette innovation remédie au moins en bonne partie, aux inconvénients qu'on reproche au régime dotal français.

Le principe d'inaliénabilité est consacré en Italie par l'article 1407 du Code civil (1554 C. civ. fr.) ainsi conçu : « L'aliénation ou l'engagement de la dot est nul, quoique les deux époux y consentent... » Il ressort clairement de cette disposition que la prohibition d'aliéner frappe tant les immeubles que les meubles constitués en dot, de sorte que la divergence entre la doctrine et la jurisprudence française sur la question de savoir si la dot mobilière est ou n'est pas aliénable, ne peut pas avoir lieu en Italie (2). Le législateur italien a consacré

1. Paoli, *op. cit.*, p. 76.

2. Fromentano, *op. cit.*, 222; Stolfi, *op. cit.*, 353, applique l'inaliénabilité même au gain dotal.

ainsi l'opinion soutenue en France par la jurisprudence.

Vu l'étendue de la prohibition, le mari italien ne peut pas aliéner soit à titre gratuit soit à titre onéreux un meuble ni en modifier la substance, ni le donner en gage, etc. D'autre part la femme ne peut ni abandonner ni post-poser (1) son hypothèque légale (2).

On ne trouve pas en Italie, l'étrange institution jurisprudentielle française de « La dot incluse dans un bien paraphernal », parce que, comme nous venons de le voir, toute la dot, immobilière ou non, est en Italie inaliénable. Cette inaliénabilité est sanctionnée comme en France, par une nullité relative, organisée de la même manière sauf sur deux points :

a) En France quand la femme a agi avec l'autorisation de son mari, c'est le mari seul qui a le droit, tant que dure le mariage, de demander la nullité de l'aliénation : la femme ne peut intenter l'action que seulement après la séparation de biens ou après la dissolution du mariage. La loi italienne, tout en respectant le droit du mari, accorde à la femme un droit concurrent (3).

b) Supposons qu'une femme mariée ait garanti l'acheteur de l'immeuble dotal, contre l'éviction, par une clause insérée au contrat. La jurisprudence française reconnaît la valabilité de cet engagement, et le tiers peut poursuivre les paraphernaux (4). En Italie, au contraire, même dans ce cas, la femme n'est pas tenue envers le tiers. On se fonde sur le vice de l'obligation principale de l'épouse. Le seul droit de l'acquéreur évincé est de réclamer, par une action fondée sur l'enrichissement sans cause, la partie du prix qui à tourné à l'avantage de la femme (art. 1307 it.; 1312 fr. par analogie).

1. La Post-position est une cession de rang. Par exemple: le mari a un immeuble d'une valeur de 100; l'hypothèque légale est de 20; on veut la faire reculer devant une autre de 50.

2. Bianchi, *op. cit.*, 316-318.

3. Paoli, p. 84; Bianchi, 329.

4. V. Capitani, p. 297.

2° **Imprescriptibilité des biens dotaux.** — Le principe de l'inaliénabilité a comme conséquence nécessaire l'imprescriptibilité. La prescription ne court entre époux, ni en ce qui concerne la dot, ni pour tout autre rapport patrimonial (art. 2119 it. : 2253 fr.). Elle ne court pas non plus en faveur des tiers. Mais il y a, en cette matière de notables différences entre le Code civil italien et le Code civil français.

En effet l'article 2120 italien (1561, 2252, 2254, 2255, 2257 fr.) dispose que : « Les prescriptions ne courent point :... à l'égard du fonds dotal personnel de la femme et du fonds spécialement hypothéqué pour la dot et pour l'exécution des conventions matrimoniales, durant le mariage... » Le principe que la prescription ne court point relativement aux biens indiqués, s'applique en Italie tant à la prescription acquisitive qu'à la prescription extinctive. En France il y a antinomie entre les articles 1560 et 1561 du Code civil et la jurisprudence, pour écarter cette contradiction, applique contrairement à l'intention du législateur, le premier article à la prescription extinctive et le second à la prescription acquisitive. Le Code civil italien ne distingue pas, comme le fait l'article 1561 français, entre la prescription qui a commencé à courir avant le mariage et celle qui commence durant le mariage.

Sont donc suspendues en Italie même les prescriptions qui ont commencé à courir avant la célébration du mariage. Paccifici-Mazzoni (1) se trompe en soutenant la thèse contraire dit M. Bianchi (2). En effet le Code civil italien ne répète pas la disposition spéciale de l'article 1561 du Code civil français relative aux prescriptions commencées avant le mariage.

Pour fixer le point de départ de la prescription, il y a en France une difficulté qui découle toujours de l'antinomie entre les articles 1560 et 1561 du Code civil.

1. Paccifici-Mazzoni : *Istitutioni*, t. V, p. 205.

2. *Op. cit.*, p. 244, note 2.

D'après le premier l'action ne commence à se prescrire qu'à la dissolution du mariage ; d'après le second la prescription peut courir même pendant le mariage, dès que les époux sont séparés. Cette difficulté est écartée en Italie où le point de départ de la prescription est toujours la dissolution de l'union conjugale, que la séparation de biens soit ou non intervenue.

En effet l'article 1424 du Code, déclare dans son deuxième alinéa : « La dot (après la séparation de biens) demeure inaliénable, et les sommes que la femme reçoit en paiement de sa dot sont dotales et doivent être employées avec autorisation de justice. » L'imprescriptibilité étant une conséquence nécessaire de l'inaliénabilité subsiste avec celle-ci, sauf si une disposition expresse de la loi n'en dispose autrement. Or aucune disposition, analogue à celle du deuxième alinéa de l'article 1561 du Code civil français, ne se trouve dans le Code civil italien. Par conséquent l'imprescriptibilité de la dot ne disparaît qu'avec l'inaliénabilité c'est-à-dire à la dissolution du mariage.

La confrontation entre les articles 2120 et 1405 (1) du Code italien donne lieu à une importante question.

Ce dernier article déclare inaliénable « .. la dot et les droits dotaux (i ragioni dotali) de la femme... » sans tenir compte de la nature des biens qui la composent. On devrait donc admettre, en vertu du principe que l'imprescriptibilité est une suite logique et nécessaire de l'inaliénabilité, que la première s'applique non seulement aux immeubles, mais aussi aux meubles. C'est d'ailleurs l'opinion de Borsari (2) qui affirme que l'expression de « fondo dotale » employée par l'article 2120 ne s'applique pas seulement aux immeubles, mais beaucoup plus largement, c'est-à-dire à la dot en général. Cette opi-

1. Article 1405 du Code civil italien : « Hors le cas indiqué dans l'article précédent, la dot et les droits dotaux de la femme ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage en faveur de qui que ce soit... »

2. Borsari, *op. cit.*, convento § 3421.

nion n'est pas admise par le reste de la doctrine (1). Une innovation si importante ne pouvait pas s'opérer insensiblement, sans aucune discussion. D'ailleurs l'expression fonds dotal signifie « immeuble » dans le langage juridique. On en a un exemple dans l'article 2120 du Code civil italien qui parle «... du fonds... hypothéqué pour la dot... », car seuls les immeubles sont susceptibles d'hypothèque en Italie. D'autre part le Code de Parme et le Code Albertin tout en admettant l'inaliénabilité de la dot, soumettent seuls les immeubles à l'imprescriptibilité.

Enfin on tire un troisième argument de l'article 1408 italien (1562 C. c. fr.). Celui-ci tient le mari responsable des prescriptions acquises contre les biens dotaux par sa négligence. Si l'article 2120 devait être compris dans le sens adopté par Borsari, l'article 1408 serait dépourvu d'objet, inutile, puisqu'une prescription ne pourrait avoir lieu ni pour les meubles ni pour les immeubles.

3° **Exceptions à l'inaliénabilité de la dot.** — Au commencement de ce chapitre nous avons dit que deux restrictions ont été apportées à la règle de l'inaliénabilité de la dot : l'une conventionnelle comme en France, l'autre légale, à l'exemple des anciens codes italiens. Voyons ces exceptions.

A) *Exception conventionnelle* (article 1404 ital., 1557 franç.). — L'organisation et les effets de cette exception à l'inaliénabilité sont identiques dans les deux codes que nous comparons (2).

Quant à son importance, elle est plus grande en France qu'en Italie, parce que l'aliénabilité conventionnelle rend plus malléable la rigidité du régime, rigidité assouplie déjà en Italie par l'exception légale.

B) *Exception légale.* — Cette importante exception donne au régime dotal italien, une supériorité remarquable par rapport à l'institution française.

1. Bianchi, p. 245, *op. cit.* ; Paoli, *op. cit.*, p. 82 ; Stolfi. *op. cit.*, p. 362 s. ; Archivio giuridico, XL, 1888, 146.

2. Stolfi, *op. cit.*, p. 354.

Cette dernière énumère limitativement les cas particuliers où la dot peut valablement être aliénée, malgré l'absence de toute stipulation en ce sens. La jurisprudence a atténué sensiblement la sévérité de la loi ; néanmoins l'énumération reste fâcheuse. « C'est une des grandes gênes que le régime dotal impose sans utilité bien démontrée à ceux qui l'ont choisi (1). »

Il en est tout autrement en Italie. Le législateur a supprimé les cas légaux prévus par le Code civil français, sauf un seul, et les a remplacé par les dispositions qui font l'objet des articles 1405 et 1406, 1^{er} alinéa du Code italien.

L'article 1405 s'exprime ainsi : « Hors le cas indiqué dans l'article précédent, la dot et les droits dotaux de la femme ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage en faveur de qui que ce soit, et ces droits ne peuvent être non plus réduits ou restreints que du consentement du mari et de la femme, et au moyen d'une ordonnance du tribunal qui peut en donner l'autorisation dans les cas seulement de nécessité ou d'utilité évidente. »

L'article 1406, 1^{er} alinéa ajoute : « En cas d'échange autorisé de l'immeuble dotal, l'immeuble reçu en échange devient dotal, l'excédent du prix l'est aussi et doit être employé comme tel. »

Il résulte de ces deux textes que le législateur a donné pleins pouvoirs à l'autorité judiciaire d'accorder l'autorisation d'aliéner la dot, de réduire ou restreindre les *droits dotaux* de la femme ou d'échanger le bien dotal toutes les fois que les époux conjointement peuvent prouver soit la « nécessité » soit « l'utilité évidente »,

Il y a, par conséquent, trois conditions requises pour qu'une aliénation de la dot puisse avoir lieu pendant le mariage : le consentement des deux époux ; la nécessité ou l'utilité évidente de l'aliénation, et l'autorisation du tribunal.

1. Planiol, *op. cit.*, p. 1565.

a) *Le consentement des deux époux.* — Le tribunal n'autorise pas l'aliénation si les deux époux ne sont pas d'accord. La même condition est requise même si la séparation de biens a été prononcée, parce que la dot reste toujours inaliénable et destinée à subvenir aux charges du mariage (1).

b) *Nécessité de l'utilité évidente de l'aliénation.* — Cette deuxième condition est étudiée d'une façon fort intéressante par Bianchi (2); devant l'impossibilité de prévoir tous les cas de nécessité ou d'utilité évidente, le législateur italien s'en est remis à l'arbitrage du juge (3).

Il y aura « nécessité par exemple s'il faut se procurer de l'argent pour payer une amende à laquelle un enfant a été condamné, ou pour le tirer de prison : pour payer une taxe de succession ou pour permettre d'exercer une action en revendication. De même on peut retenir comme justes motifs : l'emploi d'un capital pour fonder une industrie ; le paiement des dettes antérieures au mariage, soit de la femme, soit du constituant (4). Dans ce dernier cas c'est seulement la nue-propriété du fonds dotal qui peut être aliénée, l'usufruit du mari étant intangible. Le tribunal doit apprécier la nécessité en tenant compte de l'intérêt de la famille entière (5) :

1. Stolfi, *op. cit.*, p. 356; *Giur. ital.*, 1897, I, 1294 avec une note en sens contraire de M. Mortara.

2. *Op. cit.*, p. 309.

3. Paoli, *op. cit.*, p. 85.

4. App. Palerme, 4 oct. 1884 (*Annali*, 1884, II, 457; *Circolo giuridico*, 1885, II, 57); App. Palerme, 29 mars 1886 (*Foro ital.*, 1886, I, 994). En France quelques arrêts ont accordé aux créanciers de la femme antérieurs au mariage le droit de poursuivre la pleine propriété des biens dotaux, même si la constitution de la dot a été faite à titre particulier. Ces arrêts se fondent sur le motif que le mari administre la dot en faveur de la famille, sans qu'il y ait un droit distinct de celui de la femme (V. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 299).

5. Cass. Rome, 25 mars 1884 (*Annali di giur. ital.*, XVIII, I, p. 214).

mari, femme, enfants, et non seulement d'un seul d'entre eux. Interprétation pleinement justifiée par ce fait que le mariage est le *consortium omnis vitæ* et que la dot « est le patrimoine affecté à la satisfaction des intérêts permanents non pas seulement du ménage, mais de la famille » (1).

Quant à « l'utilité évidente, elle doit être appréciée eu égard principalement à la femme et à ses intérêts. Ainsi on pourrait se servir de l'argument d'utilité évidente : lorsqu'on veut demander l'autorisation de vendre l'immeuble dotal pour se procurer des revenus plus élevés, ou au contraire, lorsqu'on veut acheter un immeuble avec les deniers dotaux parce que les revenus seront alors plus sûrs quoique moins élevés.

En d'autres termes on peut faire usage de l'argument : utilité évidente, pour changer une dot de quantité en une dot de qualité ou réciproquement (2). En général on pourrait alléguer l'utilité évidente, dit Bianchi, dans tous les cas où la dot doit être augmentée à la suite de l'opération projetée, ou si l'emploi en vue est plus sûr ou plus productif. L'auteur observe encore que la notion de l'utilité évidente, plus large que celle de nécessité, se confond avec elle dans le cercle de la famille (3).

En pratique le juge italien assimile l'innocuité à l'utilité évidente (4). Erreur grave qui occasionne la perte de beaucoup de dots, à cause d'exagération du prix ou de la réalisation forcée faite à un moment défavorable.

La femme pourrait attaquer la décision relative à l'autorisation comme non conforme à la loi, mais sans grande chance de réussite parce que le juge se préoccupe de l'intérêt du tiers acquéreur de bonne foi, ou

1. /Bartin, *Etudes sur le régime dotal*. Préface.

2. App. Florence, 20 sept. 1886.

3. De même avis Paoli, *op. cit.*, p. 87.

4. Ainsi journellement on voit des propositions d'hypothèque validées par les tribunaux, non parce qu'elles sont d'une utilité évidente mais parce qu'elles sont généralement inoffensives.

parce que le désastre est dû à une cause nouvelle intervenue ultérieurement à l'autorisation. C'est pourquoi la doctrine a conseillé aux tribunaux beaucoup de prudence afin de ne pas rendre illusoire le principe de l'inaliénabilité.

Il y a même des auteurs (1) qui se demandent si le système italien est véritablement le meilleur ; si les avantages offerts à la femme ne sont pas dépassés par les inconvénients résultant de nombreuses autorisations aussi superflues que coûteuses. Il ne faut pas ajouter, permettre à l'autorité judiciaire de faire ce que le législateur n'a pas osé : abolir l'inaliénabilité.

Nous croyons cette critique exagérée. La souplesse du système et les grands avantages qui en résultent pour la femme et pour la famille sont de très forts arguments en sa faveur.

Avec Huc (2) nous disons que les tribunaux, par leur jurisprudence toujours fondée sur l'appréciation des faits particuliers peuvent sauvegarder le principe de l'aliénabilité sans compromettre les intérêts individuels.

On peut néanmoins critiquer le système italien d'un autre point de vue. Le législateur a étendu les formalités protectrices à la dot mobilière. Tous les auteurs reconnaissent que pour l'aliénation d'un meuble dotal, l'homologation du tribunal est nécessaire ; or, l'aliénation du meuble requiert célérité, et souvent les formalités judiciaires empêchent d'en tirer le meilleur profit. D'autre part ces formalités ne sont pas très efficaces.

L'adage « en fait de meuble possession vaut titre » consacré par l'article 707 du Code civil italien, protège le tiers de bonne foi, c'est-à-dire si le mari vendeur n'a pas déclaré la dotalité du meuble (3). De sorte que les mesures de protection n'ont, en matière d'aliénation de

1. Roguin, *op. cit.*, p. 697.

2. *Op. cit.*, p. 263.

3. Bianchi, *op. cit.*, p. 349, croit que ce droit appartient seulement au deuxième acquéreur puisqu'il affirme qu'il ne reste aux époux que l'action personnelle contre le « premier acquéreur ».

la dot mobilière, que la conséquence d'inquiéter les tiers et de gêner les transactions (1). Les violations fréquentes de la loi ne sont pas un motif suffisant pour demander son abrogation, tant du moins qu'une amélioration est possible. Et celle-ci existe sans doute : il faut introduire en cette matière une distinction entre les meubles et les immeubles.

Les tribunaux italiens sont sévères quand il s'agit d'un remploi ; ils sont d'ailleurs tenus par les deux derniers alinéas de l'article 1406 du Code civil, ainsi conçus :

« Sera également employé comme dotal le prix de la vente de l'immeuble dotal, autorisée par des motifs d'utilité évidente. »

« Dans les deux cas (dont le premier forme l'alinéa 1^{er} : échange d'immeuble dotal), il sera pourvu par le tribunal afin que l'emploi du prix ait lieu de la manière fixée. »

Ces dispositions sont plus sévères que les mesures prises par le législateur français, dans le dernier alinéa de l'article 1558 du Code civil. En effet, le tribunal italien ne doit pas se borner à ordonner l'emploi en cas de vente ou d'échange de l'immeuble dotal, mais il a le devoir de surveiller qu'on n'omette pas de le faire et cela de la manière qu'il aura ordonné. Le tiers sera tenu pour responsable d'un emploi fait irrégulièrement et la jurisprudence est très sévère à cet égard. Le tribunal ne dispense le tiers de cette obligation que seulement quand les époux méritent une confiance absolue.

Comme en France, le tiers est affranchi de toute obligation lorsque l'autorisation du tribunal a été donnée en vue de fournir des aliments à la famille.

Observons enfin que le Code italien ne connaît aucune disposition en faveur de l'établissement des enfants

1. V. Déglin, thèse Nancy, 1883; Cezareo, *I mobili dotali secondo il diritto romano e il codice civile italiano* dans *Archivio giur.*, vol. XIV, p. 540 s.

et il semble que la jurisprudence ne considère pas ce cas comme constituant une exception au principe de l'inaliénabilité. Bianchi (1) se demande si l'on ne pourrait pas dans ce cas arguer de l'utilité évidente.

c) *Autorisation du tribunal.* — Sur la compétence du tribunal chargé d'accorder l'autorisation d'aliéner la dot, il y a une controverse à signaler. La majorité de la doctrine (2) attribue ce droit au tribunal du domicile des conjoints : elle s'inspire ainsi des juristes français. Une autre opinion veut appliquer, par analogie, les règles de la juridiction gracieuse, et par conséquent on ne pourrait repousser la compétence du tribunal *forum rei sitae* quand il s'agit de l'aliénation d'un immeuble dotal (3). Enfin une théorie moderne admet que les *requérants* peuvent s'adresser à n'importe quel tribunal du Royaume, pour ces motifs judiciaires que l'article 1405 du code n'indique pas de compétence spéciale et qu'à cause de la nécessité, il peut être opportun de recourir à un autre tribunal que celui du domicile des époux pour faire des recherches nécessaires chaque fois que l'immeuble est situé ailleurs. C'est l'opinion qu'on doit adopter (4).

Qu'arrive-t-il si l'autorisation judiciaire a été donnée pour une cause erronée ou fausse ? La doctrine et quelques arrêts de jurisprudence estiment contrairement à l'ancienne jurisprudence que l'annulation de l'autorisation ne serait pas possible (5). L'autorisation une fois

1. *Op. cit.*, p. 316.

2. Borsari, *op. cit.*, IV, p. 120 ; Bianchi, *op. cit.*, p. 334, Formentano, *op. cit.*, p. 230 ; Gallupi, *op. cit.*, p. 218 : App. Turin, 12 juillet 1887 (Giur. tor., 1889, 536) ; App. Messineo, 4 mai 1911 (Circ. giur., 1911-212) ; Trib. Catania, 25 mars 1912 (Forosicil., 1912, 191).

3. Cass. Palerme, 20 nov. 1913 (Foro ital., 1914.1.563 avec note de Biamonti) ; App. Turin, 24 mai 1911 (*Ibid.*, 1911.1.1167).

4. Cass. Napoli, 16 août 1899 (Foro nap., 1899, 385) ; Cass. Palerme, 6 fév. 1917 (Giur. ital., 1917.1.1.548) ; App. Catania, 31 janv. 1913 (Foro ital., 1913.1.449) ; App. Palerme, 26 mars 1915 (Foro ital., 1915.1.813) ; Stalfi, *op. cit.*, p. 255.

5. Bianchi, *op. cit.*, p. 303 cite plusieurs arrêts ; Paoli, *op. cit.*, p. 88.

obtenue, le tribunal étant compétent et les formalités prescrites par la loi observées, l'aliénation est valable sous tous ses aspects et irrévocable. La sécurité des transactions est nécessaire en effet pour sauvegarder les intérêts des tiers de bonne foi et ceux de la famille.

Observons que le législateur n'impose même pas l'adjudication publique aux enchères des biens dotaux mobiliers ou immobiliers. Le tribunal peut par conséquent, se borner à autoriser une vente amiable, s'il croit l'opération avantageuse pour les parties (1).

En résumé, on peut dire que les tiers intéressés ne doivent point rechercher le bien fondé des motifs ou des faits allégués par les époux à l'appui de la demande d'autorisation.

4° Droit des créanciers de la femme sur la dot.

— Le Code civil français ne détermine nulle part les effets de la dotalité sur les engagements contractés par la femme mariée sous le régime dotal. C'est la jurisprudence qui supplée à cette lacune de la loi. Incapable de perdre sa dot, la femme offre comme gage aux créanciers postérieurs à la célébration du mariage, seulement ses paraphernaux. Ces créanciers ne peuvent jamais saisir les biens dotaux, ni après la séparation de biens, ni même après la dissolution du mariage, pour ce motif que l'inaliénabilité a été établie pour mettre la dot à l'abri des conséquences de tout acte que la femme pourrait faire avec ou sans le consentement du mari. Passons maintenant à l'Italie. Son Code civil élaboré au moment où la question était vivement débattue en France, l'a nettement tranchée en sens inverse par le dernier alinéa de l'article 1407 : « Après la dissolution du mariage, on peut procéder sur les biens qui constituaient la dot, même pour les obligations contractées par la femme pendant le mariage. »

Cependant il ne faut pas exagérer la portée de cette

1. Bellini, *Società conjugale*, p. 181 ; Cesaro dans *Archivio giuridico*, XVI, p. 540.

disposition : il ne s'agit que des obligations régulièrement contractées par la femme. Ainsi les engagements irréguliers, par exemple ceux qui, avant la loi de 17 juillet 1919, avaient été pris sans autorisation maritale, ne pouvaient donner lieu à des poursuites contre les biens ex-dotaux, puisque la poursuite ne pouvait pas être effectuée davantage sur les paraphernaux. Même ainsi restreinte, la disposition du dernier alinéa de l'article 1407, se trouvait quelque peu en contradiction avec l'incapacité de la femme mariée. Après la loi de 1919, le nombre des actes régulièrement contractés a augmenté, bien entendu, et le fait qu'on peut poursuivre les biens ex-dotaux, même pour les obligations contractées par la femme pendant le mariage, est conforme à la pleine capacité reconnue à la femme italienne. La dissolution du mariage enlève donc aux biens constitués en dot tout caractère dotal, et la disparition de l'inaliénabilité entraîne toujours en Italie la disparition des deux autres caractères accessoires de la dot : l'insaisissabilité et l'imprescriptibilité. Une conséquence importante découle de ce fait : les biens dotaux ne cessent en aucun moment de figurer comme un élément de crédit dans le patrimoine de la femme. En s'obligeant, la femme italienne apporte comme gage à ses créanciers tous ses biens paraphernaux et dotaux, avec cette restriction, pour les derniers seulement, que les voies d'exécution sont suspendues durant le mariage (1).

La disposition de l'article 1407 du Code civil italien que nous venons d'analyser, jointe à la possibilité d'aliéner la dot pour des raisons de nécessité et d'utilité évidente, donnent au régime une souplesse qui manque au régime dotal français.

Mais la disposition de l'article 1407 italien, ne permet-elle pas au mari de dissiper la dot par des emprunts faits par lui avec la caution de son épouse ?

Avant que la capacité entière ait été accordée à la

1. Huc et Orsier, *op. cit.*, p. 263.

femme par la loi du 17 juillet 1919, les commentateurs du Code civil répondaient négativement. Le législateur italien, disaient-ils, a su parer à ce danger (1). En effet, la femme ne pouvait pas s'obliger valablement sans l'autorisation de justice chaque fois qu'une opposition d'intérêts existait entre elle et son mari (2). L'autorité judiciaire pouvait donc empêcher la femme de prendre à sa charge une obligation contractée seulement dans l'intérêt de son mari. La dissipation de la dot par une voie détournée — principal argument de la jurisprudence française — a été ainsi écartée par un moyen que nous estimons heureux.

La nouvelle loi de 1919 ne subordonne plus à l'homologation du tribunal la validité de l'engagement de la femme, même quand une opposition d'intérêts existe entre elle et son mari. Il semble donc que la dissipation de la dot par une voie détournée (engagement de la femme dans l'intérêt unique du mari) serait depuis lors possible en Italie.

Il y a cependant quelques arguments qui nous font croire que le péril ne peut pas être très grave. En effet, nous croyons que la disparition de l'autorisation matrimoniale, a fait la femme plus consciente de ses obligations et de sa responsabilité envers la famille. D'ailleurs, l'abus d'autorité dont le mari pourrait faire usage en sa qualité de chef de famille, doit être considéré comme l'exception, et non comme la règle, la base de l'union conjugale étant la sincérité et la confiance réciproque des époux, et non la méfiance et l'hypocrisie. Enfin, on peut ajouter que les créanciers en général ne seront pas très pressés de faire des emprunts aux époux sur des biens non saisissables, si ce n'est après la dissolution du mariage, aliénables cependant en cas de nécessité ou d'utilité évidente.

1. Bianchi, *op. cit.*, p. 356 ; Gide, *op. cit.*, p. 28.

2. Art. 136 du Code civil italien, abrogée par la loi du 17 juillet 1919.

En dehors de ces arguments qui réduisent, à notre avis, de beaucoup le péril de la dissipation de la dot, on doit encore observer que l'insaisissabilité des biens dotaux après la dissolution du mariage est une protection très rigoureuse (1). Pourquoi la femme mariée, pleinement capable, serait elle plus clairvoyante après la dissolution du mariage qu'avant cette dissolution ? Pourquoi alors ne pas reconnaître au créancier, quel qu'il soit, le droit de poursuivre sa débitrice pour tout son dû sur tous ses biens ?

5° **Garanties de la dot.** — Le législateur accorde en général à la femme ou à ses héritiers, des garanties particulières destinées à assurer la restitution intacte de la dot. Toutes ces garanties conventionnelles ou légales sont les mêmes d'après les deux codes, sauf l'hypothèque légale qui présente des caractères différents. C'est elle seule qui fera l'objet de notre comparaison.

Hypothèque légale de la femme mariée. — Le Code civil français accorde à toute femme mariée une hypothèque légale, non privilégiée, dispensée d'inscription et prenant date au jour du mariage. La femme française soumise au régime dotal ne peut diminuer la garantie accordée par la loi pour ses créances dotales ; une cession ou une subrogation peut intervenir seulement pour la partie de ses créances ayant trait à la reprise des paraphernaux.

En Italie l'hypothèque légale est accordée seulement à la femme dotale (2). Son organisation diffère beaucoup de l'organisation française (3), mais elle n'est pas très

1. Paoli, *op. cit.*, p. 79.

2. Bianchi déclare illogique cette restriction. Il aurait fallu, ou abandonner complètement cette institution, ou l'accorder aussi à la femme mariée sous le régime de la communauté, car si la femme renonce à la communauté elle ne possède qu'une créance dénuée de toute garantie.

3. Le système italien a son origine dans la loi hypothécaire taxane du 2 mai 1836 ; on trouve la même organisation dans le Code Albertin.

clairement exposée. Tout d'abord il faut signaler une antinomie. L'article 1400 du code décide que le mari n'est pas tenu de donner caution s'il n'y est pas obligé par l'acte de constitution de dot. Par contre l'article 1969 consacre le droit de l'épouse à l'hypothèque, laquelle prend rang du jour de l'inscription.

Quelques auteurs (1) voient une antinomie entre ces deux articles et ils l'expliquent en disant que l'art. 1400 se réfère à la seule fidéjussion et non à l'hypothèque. D'autres (2) nient l'antinomie et soutiennent que le premier article précité vise la dot de qualité, tandis que le second se réfère à la dot de quantité. Enfin un troisième groupe, qui englobe la majorité de la doctrine (3), voit dans l'article 1400 une caution générale facultative, tandis que dans l'article 1969 n° 4 elle voit l'hypothèque légale c'est-à-dire une sorte de caution légale.

La femme peut-elle renoncer à l'hypothèque légale dans son contrat de mariage ?

En France, nous le savons elle ne le peut pas (art. 2140 C. c.).

La renonciation est permise au contraire en Italie ; on apporte à l'appui de cette solution les arguments suivants : la dot n'est plus une institution d'ordre public, mais une simple modalité de la société conjugale quant aux biens. La loi permet l'aliénation de la dot par contrat de mariage, ce qui est plus grave que la renonciation à l'hypothèque ; or qui peut le plus peut le moins. Enfin la prohibition, même introduite, serait sans grande importance, parce qu'elle pourrait être rendue

1. Burri, p. 285 ; Rugemini, *La hipoteca legale della dote in antinomia coll' art. 1969 n° 4 del Codice civile*. Ed. Bologne, 1888.

2. Lordi Francesco dans *Archivio Giur.* (XXIX, 538 et XXXII 526).

3. Bianchi, *op. cit.*, n° 141 en note ; Stolfi, *op. cit.*, p. 344 ; Polacco dans *Archivio giuridico*, XXVIII, p. 138 ; XXX, 106 et XXXI, 489.

illusoire en la restreignant sur un immeuble déjà hypothéqué ou d'une valeur insignifiante.

Voyons succinctement l'organisation de l'hypothèque légale italienne.

L'article 1965 dispose : « L'hypothèque n'a pas d'effet si elle n'est pas rendue publique, et elle ne peut subsister que sur des biens spécialement désignés et pour une somme déterminée en argent. »

D'autre part l'article 1969 n° 4 énumère parmi les personnes qui ont le bénéfice de l'hypothèque légale « la femme sur les biens du mari, pour la dot et pour les gains dotaux.

Si cette hypothèque n'a pas été limitée à des biens déterminés dans le contrat de mariage, elle s'étend sur tous ceux que le mari possède au moment où la dot est constituée, lors même que le paiement n'en aurait lieu que postérieurement... ».

Enfin l'article 2007 ajoute : « L'hypothèque produit effet et prend rang dès le moment de son inscription... »

Il est donc clair que l'hypothèque légale de la femme italienne porte, indépendamment de toute convention, sur les biens qui composent la dot, sur les gains dotaux et sur les biens du mari existant au moment de la constitution de la dot, même si le paiement de celle-ci n'a lieu que plus tard.

Seulement, les effets de l'hypothèque et son rang dépendent du jour où l'inscription est prise. Celle-ci doit être faite au lieu où se trouve le bien grevé (art. 1981 C. civ. ital.).

Pour mieux protéger la femme, la loi a imposé au mari et au notaire qui a reçu l'acte de constitution de dot, l'obligation de prendre inscription en faveur de la femme, dans un délai de vingt jours à compter de la date de l'act (art. 1982) sous peine de dommages-intérêts et d'une amende en cas d'omission (art. 1984). D'ailleurs l'inscription peut être prise par le constituant de la dot ou par la femme dotée (art. 1982, 2° alinéa).

L'hypothèque légale garantit toute la dot avec tous les pactes accessoires. Elle doit être spécialisée quant à la nature et quant au montant de la somme due. Ainsi par exemple, une inscription prise pour la bonne administration de la dot, ou pour les gains de service, ne pourrait être étendue au trousseau, si on ne l'a pas expressément déclaré.

La femme peut prendre inscription tant que le mari a des immeubles ; s'il n'en a pas l'article 1969 du Code civil ne peut plus s'appliquer.

Supposons que pendant le mariage, la dot se trouve en péril. En France la femme doit, ou subir les risques de la situation dangereuse, ou demander la séparation de biens ; il n'y a pas de moyen terme.

La loi italienne, au contraire, prévoit, dans le deuxième alinéa de l'article 1400, en dehors de la séparation de biens, une exception au principe que le mari n'est pas tenu de donner caution (art. 1400, 1^{re} al.). Sur la demande du constituant de la dot ou de celui qui en est le débiteur, le tribunal peut ordonner des garanties pour assurer la conservation de la dot, si elle se trouve en danger à cause des changements ou des diminutions survenues dans le patrimoine du mari et si le demandeur est au nombre de ceux qui seraient tenus de fournir des aliments.

Le législateur a admis cette exception parce que, sans élargir le nombre de ceux qui peuvent connaître les conditions économiques intimes de la famille, elle donne la possibilité, à ceux qui sont essentiellement tenus de l'obligation alimentaire en cas de besoin, d'intervenir pour la conservation de la dot et de ses revenus.

Entrent dans cette catégorie de personnes les père et mère, les ascendants, les fils dans l'étrange hypothèse où ils ont constitué une dot à leur mère, les parents par affinité conformément à l'article 140 du Code civil italien (206 C. c. fr.). Malgré le silence de l'article 1400, la doctrine et la jurisprudence italiennes admettent la

femme parmi les personnes en droit de s'en prévaloir (1). Elle peut donc demander ou la séparation de biens, ou des garanties de la part de son mari. Le tribunal a d'ailleurs une grande latitude sur le choix des diverses garanties : hypothèque, gage, dépôt avec mention de dotalité dans une caisse publique, cautionnement, transformation des titres au porteur en titres nominatifs, etc. (2).

On a beaucoup discuté sur le maintien de l'hypothèque légale de la femme mariée à l'époque de la rédaction du code (3). Les différents tempéraments qu'on lui a apporté ont amélioré sensiblement le crédit du mari et diminué la gêne dont souffraient les transactions. Néanmoins nous croyons qu'il faut abolir cette institution. Aux critiques communément apportées à cette vieille protection de la femme (4), on doit ajouter pour l'Italie, la contradiction indiscutable entre cette protection et l'entière capacité accordée à la femme par la loi du 17 juillet 1919.

SECTION IV

Séparation de biens dans le régime dotal (5)

1^{re} Cause de la séparation. 2^e Effets de la séparation judiciaire de biens. 3^e Cessation de la séparation

Cette institution protectrice du patrimoine de la femme consiste (dans les législations que nous comparons), dans la faculté que la loi accorde à la femme, et à elle

1. Casale, 29 sept. 1869 (Temi casal., II, 466); Cass. Turin, 27 juillet 1874 (Raccolla Bettini, t. XXVI, I, 627).

2. Bianchi, *op. cit.*, p. 194-196.

3. Pisanelli, *Relazione*, p. 83.

4. Colin et Capitant, *op. cit.*, v. II, p. 920 s.

5. Nous rappelons qu'en Italie on emploie l'expression « Séparation de la dot » pour désigner la séparation de biens dans le régime dotal.

seule, de demander à l'autorité judiciaire compétente, d'enlever au mari les pouvoirs qu'il possède légalement sur la dot pour les conférer à la requérante.

La section IV, du chapitre « De la dot » du titre V du Code civil italien est intitulée en conséquence « De la séparation de la dot des biens du mari ». Dans le Code civil français il n'y a pas une section correspondante.

1° **Causes de la séparation.** — La vague formule employée par le législateur français dans l'article 1443 du Code civil a été reproduite dans l'article 1418 du Code civil italien, malgré tous les reproches que lui adresse la doctrine française.

Elle est interprétée de la même manière (1) ; la femme peut demander la séparation de biens dans des cas identiques, par exemple : insolvabilité du mari survenue postérieurement au mariage, même à la suite d'un cas fortuit ; habitude de gaspillage, même si le mari possède encore des biens en assez grande quantité pour couvrir la valeur de la dot ; dissipation des fruits dotaux au lieu de les employer aux charges du ménage (2), etc.

Il y a néanmoins une cause de séparation de biens que peut invoquer la femme dotale italienne et non la femme française. C'est la séparation de corps. Il n'existe en Italie aucune disposition analogue à celle de l'article 311, 2^e alinéa français qui déclare que : « La séparation de corps emporte toujours séparation de biens. » Elle est remplacée dans le deuxième alinéa de l'art. 1418 italien par la disposition suivante : « La séparation de la dot peut aussi être demandée par la femme qui a obtenu un jugement en séparation de corps outre son mari. »

La séparation de biens italienne ne suit jamais automatiquement la séparation de corps, mais la femme peut la demander si les conditions requises par la loi se trouve réunies.

1. Paoli, *op. cit.*, p. 91.

2. App. Milano, 11 septembre 1917 (Rép. Giur. ital. mot : « Dot », n° 18 ; Cass. Rome 14 juillet 1922. (Giur. ital., 1922, I, 1, 726).

Ce principe a donné lieu à de grandes divergences de vue entre la doctrine et la jurisprudence. En général la doctrine n'admet pas que la femme puisse demander simultanément contre son époux les deux séparation : de biens et de corps (1).

Elle trouve la justification d'abord dans l'interprétation littérale de l'article 1418 précité ; ensuite dans la considération que la femme, pour éviter un nouveau jugement, serait plus inclinée à une réconciliation, ce qui est conforme à l'intention du législateur ; enfin, dans le principe que le jugement en séparation de biens rétroagit au jour de la demande (art. 1420 it. ; 1445 fr.).

Les deux premiers arguments n'ont besoin d'aucun éclaircissement ; donnons quelques détails sur le troisième. On ne peut pas accepter, affirme la doctrine, qu'un jugement ait un effet rétroactif si au moment de l'introduction de la demande le requérant n'est pas en possession d'un juste titre. Or, par hypothèse, la femme, au moment de l'introduction de la demande en séparation de biens, n'est pas encore séparée de corps, et c'est justement ce fait qui forme son juste titre dans notre espèce.

La jurisprudence (2) repousse l'opinion de la doctrine et son argumentation.

Le dernier argument de la doctrine n'est pas en dehors de toute critique. En effet les deux jugements se développent conjointement, mais la séparation de biens est proposée subsidiairement, pour le cas éventuel où la séparation de corps sera prononcée. On ajoute de plus, pour combattre l'opinion de doctrine, que la rétroactivité du

1. Bianchi, *op. cit.*, p. 417 ; Chironi, *Riv. ital. per le scienze giur.*, VIII, 1889, 418 ; Lamonaco, *Il Filangieri*, 1879.1.307 ; Paoli, *op. cit.*, p. 35, n° 3 ; Ricci, VII, n° 65 ; Cass. Turin, 15 avril 1874 (*Anali*, 1874.1.269) ; App. Milano, 22 déc. 1888 (*Mon. Trib.*, 1889, 104).

2. Cass. Rome, 11 août 1893 (*Foro ital.*, 1893.1.1059) ; App. Naple, 10 fév. 1888 (*Foro ital.*, 1888.1.242) ; 8 juin 1910 (*Foro ital.*, 1910.1.967) ; App. Palerme, 26 juin 1908 (*Foro sic.*, 1908, 580), etc.

jugement en séparation de biens, a été imaginée non pas contre la femme mais comme une garantie en sa faveur (1). Il serait donc illogique et en contradiction avec l'économie des jugements d'empêcher la simultanéité des deux instances et de leur imposer un ordre successif. Enfin quant à la réconciliation que le législateur a voulu certainement favoriser, elle est atteinte plutôt « en évitant un double jugement qu'en allumant les animosités sans les calmer (2) ».

Une autre controverse s'est fait jour en Italie. La séparation de biens peut être demandée par la femme en cas de séparation de corps prononcée en sa faveur (art. 1418). Mais que décider si le jugement est prononcé aux torts des deux époux ? Il est une opinion qui soutient que le mari doit continuer à avoir l'administration de la dot qui lui est accordée par la loi (3). Une autre opinion admet, au contraire, que les conventions stipulées en vue de la vie commune doivent cesser avec celle-ci (4), parce que la faute du mari n'exclut pas celle de la femme, et qu'en cette matière la compensation des fautes n'est pas acceptable (5).

Le droit français est exempt de toutes ces controverses. La séparation de corps une fois prononcée, le mari doit restituer à la femme les biens lui appartenant et dont avait l'administration.

La séparation de corps prononcée par la faute du mari, donne à la femme italienne la possibilité de demander la séparation de biens ; elle ne lui accorde pas

1. L'article 1855 du Code Albertin imposa au magistrat d'accepter la demande en séparation de biens et ne lui accorda que la faculté d'apprécier les circonstances.

2. Stolfi, *op. cit.*, p. 257.

3. Bianchi, *op. cit.*, p. 422 s.; Ricci, *op. cit.*, p. 65, 107 s.

4. Cass. Turin, 31 déc. 1885 (Foro ital., 1886.1.153); 15 déc. 1906 (Giur. tor., 1907, 129); Cass. Rome, 11 août 1893 (Foro ital. 1893.1.1059); App. Gênes, 27 nov. 1905 (Giur. ital., 1906, I, 2, 34); App. Palerme, 22 mars 1910 (Foro sic., 1910, 217); App. Catania, 12 fév. 1911 (Giur. cod., 1911, 204).

5. Gianzana, *op. cit.*, t. III, p. 85.

en même temps le droit d'exiger la restitution de la dot. La séparation des conjoints, dit Stolfi (1), est supposée temporaire ; sa restitution, au contraire, évoque une séparation définitive dont l'effet sera de rendre encore plus difficile la réconciliation des époux.

Le législateur italien, guidé par ce raisonnement, a décidé que la restitution de la dot aurait lieu à la dissolution du mariage (2), c'est-à-dire à la mort de l'un des époux, puisque c'est seulement ainsi que le mariage se dissout en Italie.

La séparation de corps, n'entraînant donc pas la dissolution de l'union matrimoniale, n'entraîne non plus la restitution de la dot. On se souvient que la situation est autre en France. La séparation de corps emporte toujours séparation de biens et « le mari doit restituer à la femme les biens lui appartenant dont il avait l'administration et la jouissance ». En d'autres termes la séparation de corps française emporte restitution de la dot (3).

La séparation de biens prononcée en justice, reste sans effets, si dans le délai légal le paiement réel des droits de la femme constaté par acte authentique n'a pas été exécuté, ou au moins si les poursuites n'ont pas été commencées et poursuivies sans interruption. Les deux codes contiennent des dispositions très voisines, sauf en ce qui concerne le délai, qui est de soixante jours en Italie au lieu de quinze comme en France. Tous les inconvénients qui découlent de ce trop court délai en France, sont donc écartés en Italie.

La séparation de biens ne peut être demandée que par la femme seule. Le législateur italien n'a même pas reproduit l'exception du deuxième alinéa de l'article 1446 français en faveur des créanciers de la femme débitrice

1. *Op. cit.*, p. 258 ; Cass. Turin, 18 nov. 1881 (Giur. ital., 1882, I, 1, 28) App. Gênes, 19 juill. 1898 (Foro ital., 1891, I, 1043).

2. V. art. Cod. civ. ital. 148, 1409, 1410, 1413-1417 (p. 227, 1^o, 1564, 1565, 1568-1571).

3. Planiol, t. III, n^o 1642.

pour le cas de faillite et de déconfiture du mari. Paoli (1) croit qu'il a bien fait, parce qu'ainsi les étrangers ne peuvent troubler par leurs recherches le sanctuaire domestique.

2° **Effets juridiques de la séparation judiciaire de biens.** — L'administration et la jouissance des biens dotaux passent des mains du mari aux mains de la femme sans que la dot change de nature ou de destination.

Les sommes dotales que la femme touche, doivent être employées avec l'autorisation de justice, conformément à l'article 1424, 2^e alinéa du Code civil italien. En France les immeubles achetés avec ces sommes deviennent des paraphernaux à dotalité incluse.

On discute en Italie la question de savoir si on doit étendre les conséquences juridiques de la séparation de biens à la contre-dot et aux gains de survie constitués par le mari dans le contrat de mariage.

La jurisprudence répond par la négative, sans établir aucune distinction, parce que le code ne prévoit que la séparation de la dot (art. 1418). On ajoute encore qu'on ne doit pas « priver le mari », au moment peut-être le plus critique, des biens qu'il a donnés à sa femme dans un esprit de libéralité, biens qui diffèrent par conséquent de la dot *nomine et substantia* comme on lit dans la Constitution 20, code 5, 3 (2).

La doctrine (3) n'est pas du même avis. Elle ne croit pas les arguments de la jurisprudence bien fondés. En effet l'article 1418 du Code civil italien parle des droits de la femme, c'est-à-dire des avantages qu'elle s'est assurée dans le contrat de mariage. Et la doctrine distingue entre

1. Paoli, *op. cit.*, p. 84.

2. App. Turin, 15 sept. 1875 (Giur. tor., 1175, 90) ; 23 fév. 1877 (*Annali*, 1878, II, 202 ; App. Milan, 30 nov. 1878 *Foro ital.*, 1877, I, 182) ; 5 fév. 1889 *Foro ital.*, 1889, I, 430).

3. Paoli, p. 54, note 1 ; Girolamo Scalamandrè, n° 34 ; *Dig. ital.*, p. 792 sur la séparation de biens ; Stolfi, *op. cit.*, 366 ; Bianchi, *op. cit.*, n° 216, etc.

la contre-dot et les gains de survie, distinction que nous connaissons (v. p. 102 s.).

a) *Contribution aux charges du ménage.* — Il n'y a pas de différences à signaler concernant la part contributive de la femme dans les charges du ménage. Mais, tandis qu'en France c'est toujours le mari qui règle à son gré les dépenses du ménage, sans que les juges puissent en décider autrement, en Italie, les revenus des biens dotaux, affectés en principal aux charges du ménage, doivent être dépensés dans ce but par la femme elle-même avec le concours du mari.

3° *Cessation de la séparation.* — On s'est demandé en Italie si la séparation de la dot pouvait cesser par consentement mutuel sans recourir de nouveau pour cela à la justice. Pour soutenir l'affirmative on fait état de l'article 1419 du Code civil (1443 C. civ. fr.), lequel donne à la femme la possibilité d'annuler le jugement du tribunal par son inaction dans le délai voulu. De même on fait remarquer, que l'article 1443 du Code civil (1451 C. civ. fr.) admet le rétablissement par un acte public de la communauté de biens entre époux si elle a été dissoute. On a répondu à ces arguments (1), que beaucoup de règles du régime dotal sont exceptionnelles, car elles garantissent non seulement les intérêts individuels, mais aussi ceux de la famille. Il en résulte que la femme peut ne pas demander la séparation, ou si elle l'obtient, elle peut ne pas demander l'exécution du jugement, mais la séparation une fois obtenue et exécutée, elle ne peut plus rétablir la communauté par pur caprice. Quant à appliquer l'article 1443 du Code civil, cela est impossible, car l'analogie n'est qu'apparente. En effet, dans la communauté la femme a une partie des biens communs, tandis que dans le régime dotal le mari a la propriété définitive de tous les fruits qui dépassent les besoins de la famille.

La jurisprudence française (2) a admis que la mort du

1. Cass., Palerme, 20 février 1889 (Foro ital., 1889. I. 1175).

2. Cass., 11 juin 1818 ; D. 19.485. S. 18.285.

mari pendant l'instance en séparation de biens n'empêchait pas la femme ou ses héritiers de persister dans leur demande.

En Italie, au contraire, l'instance est interrompue si le mariage est dissous. On a jugé avec raison que si le mari meurt pendant l'appel fait contre le jugement qui ordonne la séparation de biens, la Cour doit déclarer qu'il n'y a plus lieu de le confirmer (1). L'instance en séparation de biens devient ainsi, en Italie, une action en restitution de dot (2).

SECTION V

De la restitution de la dot

Sauf quelques points que nous signalerons plus loin, la restitution de la dot est organisée de la même manière dans les deux législations. Il en est ainsi quant aux personnes qui peuvent intenter et contre lesquelles on peut intenter l'action en restitution, quant à la nature de cette action, à la preuve de la réception et de la consistance de la dot, et enfin quant au mode et à l'objet (3) de la restitution de celle-ci.

Passons maintenant aux différences :

Dans le Code civil français on trouve cinq événements qui peuvent donner lieu à une restitution : la mort de l'un des deux époux, le divorce, la séparation

1. App. Turin, 17 mai 1869 (Guir. tor., VI, 490) ; *Digesto ital.* vol. XXI, p. 2, Scalamandré, n° 68, p. 801

2. App. Turin, 15 septembre 1876 (Giur. tor. XVI, 50).

3. Le législateur italien a tenu compte de la critique faite par la doctrine française à la rédaction de l'article 1567 C. civ. fr. En effet, l'article correspondant 1412 italien a une rédaction meilleure. En parlant des créances qui ont péri ou ont diminué sans qu'il y ait faute du mari, cet article ajoute que le mari sera quitte « en restituant les titres et documents... » et non pas comme l'article français : « en restituant les contrats ».

de corps, la séparation de biens et l'absence déclarée de l'un des époux.

En droit italien il y a une étroite liaison entre la restitution de la dot et la dissolution du mariage. M. Regnoli (1) dit que : « la restitution est la résolution ou la cessation absolue de la dot, tandis que la séparation est un remède accordé par la loi pour maintenir la dot intégralement au service du mariage. » Par conséquent, la restitution de la dot peut avoir lieu en Italie en deux cas seulement : l'absence déclarée de l'un ou l'autre conjoint (2), qu'on assimile d'ailleurs en cette matière au second cas, de beaucoup le plus important, la mort de l'un des conjoints, seul événement donnant lieu à la dissolution du mariage (art. 148 C. civ. it.).

Le droit de rétention fait l'objet d'une controverse.

En France on accepte que le mari puisse se payer par compensation sur les sommes dotales dont il est débiteur et, à défaut, retenir les immeubles dotaux jusqu'au remboursement des dépenses nécessaires faites pour ceux-ci et qui ne constituent pas une charge usufructuaire (par exemple les grosses réparations). Pour les impenses utiles la doctrine basée sur l'inaliénabilité de la dot, refuse au mari le droit de rétention (3).

En Italie nous trouvons deux théories différentes :

L'une (4) basée sur l'équité et la justice naturelle accorde au mari le droit de rétention.

L'autre (5) en considérant ce droit comme quelque chose d'exceptionnel, comme une restriction au droit de propriété, ne l'accorde que dans le cas où le législateur le dit expressément. Les auteurs qui soutiennent

1. Regnoli, *Lezioni*, p. 113 ; Paoli, p. 105.

2. Stolfi, *op. cit.*, p. 345.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 345 acceptent même que le mari a le droit de rétention pour les impenses utiles, parce que le mari doit fournir un compte d'administration et que le solde créancier doit lui être acquitté.

4. Coviello L. (*Arch. Giur.*, 1898, 367) ; Borsari, VI, 3428, *op. cit.*

5. Bianchi, *op. cit.*, n° 330 ; Paoli, *op. cit.*, p. 102 ; Stolfi, *op. cit.*, p. 386.

cette théorie refusent le droit de rétention au mari même pour les dépenses nécessaires.

SECTION VI

Des biens paraphernaux

1^o Déterminations de ces biens. 2^o Les pouvoirs de la femme sur les paraphernaux. Contribution de la femme aux charges de famille.

1^o **Détermination de ces biens.** — Sont biens paraphernaux en Italie, comme en France, tous les biens de la femme non compris dans la constitution de dot (art. 1425 it. ; 1574 fr.). La paraphernalité est donc la règle.

On se demande si on doit considérer comme paraphernaux les biens acquis par la femme durant le mariage ; en d'autres termes il s'agit de savoir, si la présomption mucienne est encore applicable. La Cour de cassation française (1) a décidé dans un arrêt que cette présomption a cessé d'exister avec la promulgation du Code civil, parce qu'elle n'a pas été reproduite dans aucun article. D'ailleurs son but essentiel dans le droit romain a été d'empêcher les époux de s'avantager par des donations, malgré la prohibition de la loi ; or ce but n'a plus d'intérêt aujourd'hui, puisque les donations sont permises en France..

En Italie, la doctrine et la jurisprudence dominantes admettent encore la présomption mucienne comme une présomption de l'homme, capable d'engendrer dans l'âme du magistrat la conviction que les capitaux de la femme proviennent du mari et lui appartiennent (2). On se demande encore en Italie si on doit considérer

1. 18 mai 1837. D. 97.1.407. S. 1901.1.491.

2. Cass. Turin, 20 fév. 1874 (Giur. tor., 1874, p. 307) ; 20 déc. 1880 (Giur., XVIII, 220) ; 23 août 1882 (Foro ital., 1882, I, 1251) ;

comme paraphernaux la portion des revenus de la dot que la femme s'est réservée pour ses menues dépenses. Pour répondre à cette question il faut distinguer ; si la femme s'est réservée le droit de disposer librement de cette partie des revenus, alors elle est paraphernale ; au contraire, elle est frappée de dotalité si elle est destinée à subvenir aux besoins personnels de la femme, parce que les besoins font partie des charges du ménage (1).

2° Les pouvoirs de la femme sur les paraphernaux. — Ces pouvoirs sont déterminés par la disposition de l'article 1427 du Code civil italien (français 1576) « La femme conserve la propriété, l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux ; le mari n'a pas le droit de les administrer ni d'exiger les créances, s'il n'a pas reçu le mandat de la femme, sauf les dispositions du chapitre IX titre V du livre premier. »

Ce chapitre IX est intitulé « Des droits et devoirs qui naissent du mariage », et comprend les articles 130 à 147 (203-225, C. c. fr.). Mais comme la très importante loi du 17 juillet 1919, a abrogé les articles 134 à 137 (212-225, C. c. fr.) concernant l'autorisation maritale, il s'en suit que la réserve faite par le législateur dans l'article 1427 du Code civil italien n'a plus aucune signification et elle aurait pu être supprimée.

En France, à cause de l'autorisation maritale, la jurisprudence a dû imaginer d'autres moyens pour relever la situation de la femme dans la famille : le mandat tacite, la dot incluse dans une parapherne, l'inaliénabilité de la dot mobilière.

En Italie, par conséquent, la femme a, de nos jours, des pouvoirs absolus sur ses paraphernaux. Elle en a non seulement la propriété mais aussi l'administration et la jouissance, ainsi que le pouvoir absolu d'en disposer.

Bianchi E., *op. cit.*, p. 696 s. ; Stolfi, *op. cit.*, p. 303 ; Paoli, *op. cit.*, p. 106.

1. Stolfi, *op. cit.*, p. 303.

Quelle différence profonde avec les droits réduits de la femme française, qui est capable d'administrer ses paraphernaux, mais incapable de disposer même de ses meubles paraphernaux quand leur aliénation dépasse les besoins de l'administration !

3^e Contribution de la femme aux charges de la famille. — La jouissance des biens paraphernaux appartient à la femme, nous venons de le dire, tant en France qu'en Italie.

Mais parce que la femme ne peut pas et ne doit pas échapper à tous les devoirs moraux et économique qui découlent du statut conjugal, elle doit partager avec son mari les charges du ménage. Cette question de la contribution aux charges n'est pas rédigée d'une manière irréprochable par les législateurs.

Le Code civil français dans son article 1576, se contente de prévoir le seul cas où tous les biens de la femme sont paraphernaux, et fixe arbitrairement à un tiers des revenus, la somme que la femme est obligée de verser.

La preuve de la défectuosité du système se trouve dans le fait que presque toujours les époux modifient la solution législative dans leur contrat de mariage.

En Italie l'organisation de la contribution n'est pas bien claire. L'article 1426 s'exprime ainsi : « Si la part pour laquelle la femme qui a des biens paraphernaux doit supporter les charges du mariage n'a pas été déterminée dans le contrat, elle contribue dans la proportion établie en l'article 138 », c'est-à-dire en proportion de sa fortune, en calculant dans la partie contributive de la femme les fruits de la dot (1).

Cet article n'est pas d'ordre public ; les époux

1. En voici un exemple. Imaginons les données suivantes : capital du mari, 200.000 francs ; dot de la femme 30.000 francs et son capital paraphernal, 70.000 francs. Supposons que tous ces biens sont employés à 5 o/o et que les charges de la famille sont de 7.500 francs par an. Le mari contribuera pour 5.000 francs,

peuvent changer dans leur contrat de mariage la proportion de la contribution aux charges jusqu'à une exemption complète en faveur de la femme. Cependant les prescriptions de la loi rentreront en vigueur, si un changement défavorable intervient par la suite dans la situation économique du mari (1).

D'autre part l'article 132 du Code civil italien décide que le mari doit «... procurer (à sa femme) tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie en proportion de ses ressources ».

La conciliation entre ces trois articles : 1426, 138 et 132 du Code civil italien n'est pas facile à faire.

Aussi Bianchi (2) croit-il que l'article 1426 n'a pas entendu modifier — ce qui est fort discutable — l'article 132, et que la proportionnalité dans la contribution aux charges, ne doit pas être applicable en dehors des dépenses concernant les enfants, qui seules sont mentionnées dans l'article 138 (3).

Mais la Cour de cassation de Naples (4) a décidé que le devoir des époux de contribuer aux charges de la famille est différent de l'obligation alimentaire.

Si la femme n'administre pas ses paraphernaux les solutions des différents problèmes qui se posent au sujet de l'administration et de la jouissance du mari, sont identiques dans les deux codes.

L'article 1432 du Code civil italien admet expressément que « les dispositions des articles 1428, 1429, 1430 et

la femme en tout pour 2.500 francs à partager en deux : 1.500 sur les revenus de la dot, et le rest de 1.000 francs sur ses paraphernaux.

1. Stolfi, *op. cit.*, p. 305.

2. Bianchi, *op. cit.*, p. 618.

3. Art. 138, 1^{er} al. et 2^e : « Le mariage impose aux deux époux l'obligation d'entretenir, d'élever et d'instruire les enfants. Cette obligation incombe au père et à la mère à proportion de leurs ressources, en tenant compte pour la contribution de la mère des fruits de la dot. »

4. 9 mai 1875 (*Annali*, 1875, I, 1.137).

1431 s'appliquent au cas où la femme a eu l'administration et la jouissance des biens du mari ». Cet article a été introduit dans le Code italien dans le but de donner une solution au cas particulier où le mari est pris par d'autres occupations publiques ou privées. La femme administre les biens du mari en vertu d'un mandat exprès de la part de celui-ci. Pour maintenir l'égalité entre les époux, on traite par conséquent la femme de la même façon que le mari (1).

On peut voir de cette succincte exposition les différences profondes qui existent entre les deux législations. D'après le Code civil italien, quelles que soient les ressources personnelles du mari, la femme doit subvenir aux charges de la famille proportionnellement à son patrimoine total. Et cela même si les ressources personnelles du mari, augmentées des revenus de la dot, dépassent de beaucoup les charges de la famille. M. Roguin (2) blâme le système italien, car les revenus de la dot sont destinés, dit-il, à fournir au mari tout ce qu'il peut réclamer pour satisfaire aux besoins du ménage. Il est contraire au principe du régime dotal de permettre au mari de toucher en plus une part des fruits des paraphernaux ; c'est transformer ceux-ci en une sorte de biens dotaux.

CHAPITRE V

RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS OU DE LA PARAPHERNALITÉ

Les rédacteurs du Code Napoléon étudient le régime de séparation de biens dans le paragraphe 2 de la section IX de la deuxième partie du chapitre II « Du régime en communauté ». Ce paragraphe 2 a pour rubrique ;

1. Stolfi, *op. cit.*, 308 ; Prudhomme H. *op. cit.*, p. 328, note 1.

2. *Op. cit.*, p. 149.

« De la clause de séparation de biens » ce qui indique que notre régime a été considéré comme une convention d'exclusion de la communauté.

Le régime de séparation de biens est d'autre part susceptible de se combiner avec la dotalité. L'exemple classique en ce sens est celui du régime matrimonial des Romains maintenu, en son principe, par la législation italienne.

Nous savons que les rédacteurs du Code civil italien n'ont jamais employé le mot « régime ». De la dot, Des biens paraphernaux, De la communauté de biens entre époux, voilà les trois rubriques des chapitre II, III et IV du titre V : « Du contrat de mariage », chapitres qui correspondent aux trois régimes matrimoniaux dont s'occupe le Code civil italien.

En Italie, pays classique du régime dotal, le régime de séparation n'est pas très souvent stipulé. Mais cela s'explique aisément. D'abord, étant le régime de droit commun, il ne doit être stipulé que si l'on veut apporter des changements à son organisation, telle qu'elle a été prévue par la loi. Or, pourquoi apporter des modifications par contrat de mariage en cette matière ? Le régime italien de séparation de biens est très simple et très clair, de sorte que personne n'a intérêt à le compliquer.

Tout au plus l'intervention des époux peut-elle avoir lieu quant à la constitution d'une dot. Mais nous l'avons déjà dit, la simple stipulation d'une dot suffit en Italie pour donner au régime adopté par les époux l'empreinte du régime dotal. De même on stipule, mais beaucoup plus rarement, une société d'acquêts. Rappelons (nous avons montré dans le régime de la communauté), que la partie des biens des époux qui ne tombe pas en communauté reste, en Italie, paraphernale et soumise aux règles ordinaires de la paraphernalité. De sorte, que si l'on observe de près l'organisation italienne du régime matrimonial, on peut dire qu'il se présente de façon générale sous la forme d'une séparation de biens. On rencontre

en effet cette dernière dans n'importe quel régime matrimonial italien, légal ou conventionnel. Il n'y a guère qu'une seule exception à signaler, concernant la constitution en dot des biens présent et à venir. Là, il n'y a pas de paraphernaux. Et nous nous demandons même si dans ce cas, un tiers, autre qu'un ascendant, n'aurait pas le droit, comme en France, de faire une donation sous condition que le bien donné sera paraphernal.

Quoique si répandue la paraphernalité n'est pas visible. Elle forme, d'une part, le régime légal, et se cache, d'autre part, dans tous les contrats de mariage où on adopte la communauté et dans presque tous ceux où on stipule une dot.

La loi du 17 juillet 1919 aura certainement une grande influence sur le développement de notre régime. La disparition de l'autorisation maritale, « laisse prévoir, dit M. Stolfi (1) qu'on adoptera de plus en plus la séparation de biens, laquelle donne actuellement à la femme la plus grande liberté et doit donc avoir pour elle le plus grand intérêt ».

L'article 1425 du Code civil italien, mise en tête du chapitre III, « Des biens paraphernaux » déclare que « sont paraphernaux tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot ».

Nous remarquons que le législateur italien parle « des biens paraphernaux » dans un chapitre séparé et non dans une section quelconque du régime dotal, comme cela a lieu dans le Code civil français. C'est justement une preuve que dans le chapitre III le législateur italien s'occupe d'une institution autre que le régime dotal : la séparation de biens. D'autre part, d'après le contenu du même article 1425 précité, tous les biens de la femme constitués en dote sont paraphernaux. Par conséquent cet article s'applique aux paraphernaux du régime dotal.

1. *Op. cit.*, p. 314.

Les autres articles du même chapitre III, « Des biens paraphernaux » ne font que déterminer, les caractères des biens qui font l'objet de l'article 1425 et les pouvoirs du mari et de la femme sur ceux-ci. En outre, le code ne fait aucune distinction entre les biens paraphernaux du régime dotal et ceux soumis au régime de séparation de biens. Cela explique pourquoi ce dernier régime est désigné en Italie sous le nom de la paraphernalité.

La séparation de biens entre époux, organisée comme elle l'est en Italie, est des plus simple. Ce régime est même si peu compliqué, qu'il y a des auteurs qui voient en lui, non pas un régime matrimonial, mais bien au contraire, le manque de tout régime (1).

Le législateur italien de 1919 a laissé pleins pouvoirs à la femme sur son patrimoine. Il a résolu néanmoins quelques difficultés qui pouvaient se présenter en pratique, soit quand les époux ne les ont pas prévues, soit quand ils n'ont pas fait de contrat de mariage.

D'ailleurs, même avant la loi du 17 juillet 1919, la femme italienne avait plus de pouvoirs que la femme française mariée sous le régime de séparation de biens, car elle pouvait aliéner à titre onéreux ou à titre gratuit ses meubles paraphernaux, sans aucune autorisation. Aujourd'hui elle peut accomplir tous les actes d'administration et de disposition sur tous ses meubles et immeubles.

En ce qui concerne la contribution aux charges du ménage, c'est l'article 1426 du Code civil italien qui reçoit application. Mais la judicieuse critique que M. Roguin a fait de cette contribution, dans le régime dotal ne s'applique pas au régime de la séparation de biens.

Pour les autres questions relatives au régime de la paraphernalité, nous renvoyons à ce que nous avons dit dans la section consacrée aux biens paraphernaux dans le régime dotal.

1. Roguin, *op. cit.*, p. 611 repousse cette théorie.

CHAPITRE VI

DU RÉGIME MATRIMONIAL EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1^o Généralités. 2^o Le système italien.
3^o Le système français.

1^o Généralités. — La diversité des lois des différents pays en matière de régime matrimonial rend possible des conflits entre ces lois, lorsque le contrat de mariage a été fait en pays étranger. Des doutes peuvent s'élever, soit sur le régime légal des époux, soit, si un contrat est intervenu entre eux, sur la validité des conventions qu'il contient, ou de leurs effets juridiques.

Les lois du domicile, de la nationalité, ou du lieu de la célébration du mariage, peuvent se trouver éventuellement en conflit.

La solution de ce conflit a donné lieu depuis les temps anciens, aux plus vives controverses.

Cependant le Code civil français est d'un mutisme absolu sur cette question. Les difficultés doivent être tranchées au moyen des données de l'ancien droit, tout en tenant compte, dans les limites possibles, des besoins de la société moderne. Toute la question se réduit encore de notre temps, à celle de savoir si le régime matrimonial est de statut réel ou de statut personnel, controverse désignée dans l'ancien droit sous le nom de « *famossissima questio* ».

Nous laisserons de côté cette célèbre controverse entre les partisans de la personnalité du régime matrimonial qui avaient à leur tête Dumoulin et les partisans de la réalité, dont d'Argentré fut l'âme, et nous nous bornerons à j'exposer de quelle manière on a essayé

de résoudre la question dans les législations modernes.

Trois systèmes sont en vigueur :

Le premier s'attache particulièrement au domicile matrimonial ; c'est le système anglo-saxon ; il est donc en dehors du cadre de notre sujet.

Le deuxième système adopté par plusieurs pays, parmi lesquels l'Italie, envisage uniquement la loi nationale des conjoints.

Enfin la dernière conception est celle de la jurisprudence française, qui cherche la solution du conflit dans la volonté tacite des époux.

Examinons de plus près ces deux derniers systèmes.

2° Le système italien. — Parmi les trois lois qui peuvent entrer en conflit, le Code civil italien écarte la loi du lieu de la célébration du mariage et la loi du lieu de la situation de biens.

La première a été écartée parce que le contrat de mariage n'est pas un contrat comme tous les autres. Son importance dépasse de beaucoup les intérêts des époux : la famille entière, les tiers, la société subissent son influence. Il doit donc s'harmoniser avec les principes qui gouvernent le mariage lui-même.

La loi du lieu de la situation de biens a été écartée à son tour, parce que le régime patrimonial des conjoints doit être unique ; et il ne le serait pas si la loi de la situation de biens devait être valable : il y aurait alors autant de régimes que d'Etats dans lesquels les époux auraient des biens. Cette loi ne doit régir que les formes extrinsèques du contrat en vertu du principe *locus regit actum* (1).

On ne peut donc pas admettre, dit M. Fiore (2), qu'il soit à la volonté des contractants de s'en rapporter à l'une des deux lois sus-mentionnées, ni que les conven-

1. Art. 9, titre préliminaire du Code civil italien : *Les formes extrinsèques des actes entre vifs et de ceux de dernière volonté suivent la loi où ils se font...*

2. Fiore, *Droit intern. privé*, trad. Pradier-Fodéré, p. 499 s., § 332 s.

tions matrimoniales puissent être régies par une loi différente de celle qui règle le mariage même.

Le régime matrimonial est donc de statut personnel. Tel est aujourd'hui l'opinion unanime de la doctrine et de la jurisprudence italienne (1).

Pour connaître les rapports pécuniaires existant entre les époux, c'est à leur loi nationale qu'il faut se référer. Le Code civil italien consacre deux dispositions essentielles à notre sujet, dispositions qui se complètent l'une l'autre et constituent le noyau de la théorie. Ces dispositions se trouvent dans les articles 6 et 7 du titré préliminaire du Code civil.

Article 6 (art. 3, § 2, C. civ. franç.) : — « L'état et la capacité des personnes, comme les rapports de famille, sont régis par les lois de la nation à laquelle elles appartiennent. »

Article 7 — « Les biens meubles sont soumis à la loi de la nation de leur propriétaire, sauf disposition contraire de la loi du pays où ils se trouvent.

Les biens immeubles sont soumis à la loi en vigueur au lieu de leur situation (art. 3, al. 1^{er}, C. civ. fr.). »

Ces articles ne sont pas tout à fait clairs.

L'article 6 commence par énoncer une vérité universellement admise en droit international privé : l'état et la capacité des personnes sont régis par leur loi nationale. Mais le même article déclare encore soumis à la loi nationale « les rapports de famille ». Ces derniers ont été ajoutés ultérieurement, après discussion, ainsi qu'il résulte des procès-verbaux de la « commission pour la coordination des dispositions du Code civil » (2). Cet amendement a été introduit pour assimiler les rapports pécuniaires aux rapports personnels. Il visait, a dit expressément l'auteur de l'amendement, l'usufruit légal des parents. Mais la doctrine et la jurisprudence admettent qu'il s'agit seulement d'une citation faite à titre

1. Fiore, *ibid.* ; Paccifici Mazzoni, n° 148, p. 275 s. ; Piola, *op. cit.*, n° 70, p. 809 ; Ricci, VII, 83 ; Gabba, t. IV, p. 316.

2. Procès-verbaux de la Commission de coordination. Turin.

d'exemple, ce qui n'exclut pas les rapports pécuniaires des époux entre eux.

Dans l'article 7 précité le législateur a fait la classique distinction entre meubles et immeubles. Il applique aux premières la loi nationale et aux secondes la loi de la situation du lieu. Mais le législateur italien n'a pas décidé que le régime matrimonial était de statut réel en ce qui concerne les immeubles. On en trouve en effet la preuve dans cette notion très générale des « rapports de famille » (1), expression employée dans l'article 6 précité.

Les dispositions comprises dans les articles 6 et 7 du Code civil italien se limitent entre elles; chaque article a son domaine déterminé quand il s'agit d'immeubles situés en Italie:

Ainsi l'article 7 s'applique quand on veut déterminer la nature des biens immeubles, immeubles par destination ou non, démembrements de la propriété, la possession avec les actions possessoires, l'acquisition de fruits, la prescription. Quant à l'usufruit légal, expressément visé par l'expression « rapports de famille », il relève de la loi nationale de celui qui l'exerce.

Il est facile de concilier les deux articles. Ainsi par exemple, pour savoir si un citoyen français a ou n'a pas l'usufruit des propres de la femme, c'est à sa loi nationale qu'il faut s'adresser. La volonté du législateur français sera ainsi respectée par les juges italiens. Seulement, ce sera la loi italienne qui déterminera le mode d'exercice de ce droit, les droits et obligations de l'usufruitier, etc. Il en est de même pour l'hypothèque légale de la femme mariée; son existence dépend de la loi nationale des époux conformément à l'article 6, tandis que son exercice relève de la loi italienne, par application de l'article 7 du code.

A part l'exception concernant les immeubles, que

1. Samama, thèse, p. 40 s.

nous venons de voir, le droit italien consacre pour tous les autres rapports pécuniaires entre époux le principe de la personnalité de la loi. C'est donc la loi nationale qui régit les rapports de famille, qu'ils soient d'ordre personnel ou d'ordre pécuniaire. Ainsi, il a été jugé (1) que la disposition de l'article 1433 du Code civil italien, qui limite la communauté de biens entre époux à la communauté universelle d'acquêts, est applicable même si le mariage d'un Italien a été contracté à l'étranger dans un pays qui admet d'autres sortes de communauté.

Dans le système italien, dit M. Fiore (2), pour décider si un fonds est ou non dotal, et si, étant dotal, il est ou non aliénable, on doit appliquer la loi nationale du mari. Ce raisonnement est valable pour tous les autres droits des époux sur les biens, droits qui découlent soit de la loi qui règle le mariage soit de la convention.

La seule exception raisonnable à apporter à ce principe, dit le même auteur, est celle où le système heurte l'intérêt de l'Etat ou les principes d'ordre public du lieu où la chose est située.

3° Le système français. — Nous avons dit que le système français est le système de la convention tacite. En France les difficultés ne surgissent que pour le régime légal et encore dans deux hypothèses seulement : a) Un français, ou un étranger autorisé à établir son domicile en France, épouse à l'étranger soit une française soit une étrangère ; b) Un étranger, non domicilié en vertu de l'article 13 du Code civil français, épouse en France soit une française soit une étrangère.

La jurisprudence française n'accorde pas au régime matrimonial le caractère de personnalité que lui attribue le Code civil italien. Elle ne voit dans la communauté légale qu'une convention tacite et présumée des époux. Cette présomption qui résulte de l'article 1933 du Code civil, établit la communauté légale à défaut d'un con-

1. Cass. Turin, 26 avril 1878 (Giur. tor., 1878, 441) ; Ricci, *op. cit.*, VII, 83 ; Piola, *op. cit.*, n° 70, p. 809.

2. Fiore, *op. cit.*, p. 507.

trat de mariage. Mais les tribunaux l'écartent délibérément toutes les fois qu'il s'agit d'un étranger marié en France. Ils arrivent ainsi, au moins sur ce point, au même résultat que les partisans de la personnalité du statut matrimonial (1). On peut citer en effet à cet égard un arrêt de la Cour d'Aix (2) dont les considérants précisent l'opinion unanime de la jurisprudence. Il a été rendu à propos d'Italiens mariés en France.

« Attendu que lorsque deux étrangers appartenant à la même nationalité se sont mariés en France, ils doivent être considérés comme ayant adopté le régime matrimonial de droit commun établi par la loi de leur pays, à moins qu'ils n'aient voulu se soumettre expressément au régime de la communauté légale.

Attendu que la volonté des époux à cet égard peut résulter d'un accord tacite que les tribunaux ont le pouvoir de rechercher dans les diverses circonstances de la cause.

En vertu de ces considérants la Cour a arrêté que ces Italiens unis en France étaient, conformément à leur loi nationale, mariés sous le régime de la séparation de biens. »

La seconde hypothèse, celle où des Français se marient à l'étranger, montre une fois de plus la différence entre les deux conceptions : française et italienne.

Nous avons vu que d'après cette dernière le régime des biens fait partie intégrante du mariage lui-même ; il est soumis, par conséquent, à la loi nationale du mari, que le mariage ait été célébré en Italie ou à l'étranger, qu'il s'agisse d'Italiens ou non.

D'après la jurisprudence française l'article 1393 du Code civil n'a de force qu'à l'égard des Français en France ; il est inopérant en dehors des limites du territoire. En cas de conflit en droit international privé, c'est

1. Samama, thèse citée, p. 497 s.

2. 15 février 1886 (Cl. 1881, p. 395) ; décisions identiques relativement toujours à des Italiens, Marseille 26 juillet 1902 (Cl. 1903, p. 873), etc.

le principe de l'autonomie de la volonté, de la volonté tacite des époux, qui s'applique, et non pas la présomption de l'article 1393 du Code civil qui est du ressort du droit interne (1).

Ainsi même si un mariage entre Français a lieu à l'étranger sans contrat, les époux ne sont pas de ce fait soumis nécessairement au régime de la communauté légale. C'est ce qu'a décidé en termes explicites le tribunal de Chartres (2), et tout récemment encore le tribunal de Volognes (3).

Mais le juge français ne nous semble pas avoir dit son dernier mot à ce sujet. On trouve des décisions, sporadiques c'est vrai, mais qui néanmoins rompent avec la tradition de l'autonomie de la volonté. On peut citer en ce sens un arrêt du tribunal de la Seine (4). Il s'agissait de savoir à quelle loi étaient soumis des époux de nationalité italienne, mariés en France sans contrat. Et le tribunal au lieu de poser le principe de la volonté des époux, s'exprime textuellement ainsi :

« Attendu qu'ainsi que le constate l'article 3 du Code civil français, l'état et la capacité des personnes comme les rapports de familles sont réglés par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent, que la validité des conventions matrimoniales dépend de la condition des personnes et non de celle des biens ; qu'elle est soumise aux règles qui déterminent la capacité des époux et relève dès lors de leur statut personnel ; qu'il en résulte... qu'ils doivent être réputés mariés sous le régime de la séparation de biens qui, en Italie, constitue à défaut de convention, le régime de droit commun, et qu'il n'y a lieu à chercher quelle a pu, à cet égard, être leur intention. »

1. En ce sens de nombreux arrêts : tribunal de la Seine du 22 mai 1896 (Clunet 1898, p. 142) ; Cour de Lyon 10 juin 1904 (Cl. 1904, 407), etc.

2. 23 mai 1900 (Cl. 1901, p. 354).

3. 16 mars 1921 (Cl. 1922, p. 158).

4. 13 mai 1902 (Cl. 1903, p. 366 ; même sens Toulouse 10 mai 1907 (Cl. 1907, 1211).

Nous voilà donc loin de la doctrine traditionnelle fondée sur la théorie de Dumoulin : accord tacite, volonté présumée des parties. Si la Cour de Cassation se décidait un jour à consacrer cette nouvelle jurisprudence, un important progrès serait fait, car on adresse, avec raison croyons-nous, de justes reproches au système actuel français. En effet, il prête aux époux, au moment du mariage, une intention que pour la plupart ils n'ont pas. Il est d'ailleurs inexact que la loi française se prononce dans le sens de la convention tacite. La preuve qu'il n'en est rien c'est que les époux mineurs mariés sans contrat sont soumis à la communauté légale. Or s'il y avait entre eux une convention tacite, comme le croit la jurisprudence classique, il s'en suivrait que les époux pourraient demander l'annulation du régime, car ils sont incapables de contracter seuls, quant à leurs intérêts matrimoniaux pécuniaires.

Un autre exemple peut d'ailleurs être fourni en faveur de cette même idée : Supposons que des époux imprudents se marient sous le régime dotal sans se conformer aux règles prescrites par la loi. Le contrat de mariage est annulé. Le régime légal le remplace. Or, l'intention des époux, même maladroitement manifestée n'en est pas moins claire : ils ont voulu se soumettre au régime dotal et non à la communauté légale.

Enfin on reproche encore au système français qu'il laisse les tiers dans une incertitude permanente du fait de l'arbitrage du juge (1).

D'ailleurs la jurisprudence si elle s'engageait dans la nouvelle voie indiquée réunirait les suffrages de nombreux partisans, qui font tous leurs efforts pour amener un changement (2), en faveur de leur système.

Quoi qu'il en soit, le système classique français étant de nos jours encore en pleine vigueur, un conflit de

1. Riccaud, thèse 1886, p 132 s.

2. Brocher, *Nouveau traité de dr. intern. fr.*, n° 74 ; Asser et Rivier, *Eléments de droit intern. fr.*, n° 49 ; Odier, *Traité du contrat de mariage*, t I, n° 45 ; Pillet, *Essai d'un système g. de solu-*

lois en matière de régime matrimonial sera résolu différemment qu'en Italie. Les juges français appliqueront, en principe, la volonté présumée des époux, tandis que les juges italiens feront usage de la théorie de la personnalité de la loi.

tion des conflits de loi (Cl. 1896 p. 21). M. de Vareilles-Saumières, *La synthèse du droit intern. fr.*, (Cl. 1900, p. 264 s.).

CONCLUSION

Au cours de cette comparaison détaillée entre les régimes matrimoniaux des Codes civils français et italien, on a pu noter des différences parfois très importantes, qui constituent justement l'originalité des institutions italiennes. Ces différences sont pour la plupart des améliorations par rapport aux institutions correspondantes françaises. Le législateur italien de 1865 a été guidé dans ses réformes, par les critiques faites en France au Code Napoléon, par les résultats de la pratique italienne, et par les anciens codes des provinces. Il convient de résumer ici les principaux avantages et inconvénients que nous avons trouvés au cours de notre étude.

Le régime légal italien tout d'abord a été heureusement choisi, car il nous semble que la séparation de biens est le régime de l'avenir, le régime qui se prête le mieux aux progrès de la société moderne. Mais le mutisme du code en cette matière est regrettable, car non seulement il n'offre aucun avantage, mais encore il donne lieu à des incertitudes et par là à des controverses.

En ce qui concerne le contrat de mariage des incapables, le Code civil français ne dit pas si l'assistance du conseil judiciaire est nécessaire pour conclure les conventions matrimoniales. Cette lacune a été comblée par le législateur italien. La notion « régime matrimonial » est remplacée en Italie, par celle moins exacte de « contrat de mariage ; mais au moins y gagne-t-on de la simplicité et de la certitude dans le choix du régime, car le mot « dot » ne prête pas à confusion.

Passons maintenant rapidement en revue chacun des régimes des deux pays en rappelant brièvement leurs traits distinctifs.

Dans la communauté, le mari n'est qu'un simple administrateur légal. Il lui est interdit complètement d'aliéner à titre gratuit les biens de la communauté, et il est obligé de rendre compte de sa gestion toutes les fois que la femme le lui demande.

Les propres des époux, mari ou femme, forment des masses distinctes de la communauté ayant absolument les mêmes caractères que les paraphernaux. Le régime italien est donc beaucoup plus équitable que le même régime français. Nous avons, par contre, critiqué la restriction imposée aux époux de ne pouvoir adopter que la communauté universelle d'acquêts. De même nous regrettons que le législateur italien n'ait pas accordé le droit d'option au conjoint présent en cas d'absence déclarée de l'autre conjoint.

La transformation du principe de l'inaliénabilité dans une simple indisponibilité durant le mariage, appliquée tant aux meubles qu'aux immeubles, avec possibilité pour l'autorité judiciaire de l'écarter chaque fois que les époux peuvent invoquer une nécessité ou une utilité évidente, est une des principales et des plus heureuses réformes du législateur italien.

Ajoutons en outre, le droit pour tous les créanciers personnels de la femme de poursuivre, après la dissolution du mariage, les biens ex-dotaux ; ajoutons encore que l'hypothèque légale de la femme mariée — spéciale quant à la somme garantie et quant aux immeubles qu'elle affecte — prend rang seulement du jour de son inscription ; et enfin, qu'en Italie une dot peut être augmentée ou constituée par les tiers même après la célébration du mariage, et nous voyons ainsi que presque tous les griefs importants qui ont été formulés en France contre le régime dotal, n'existent pas en Italie. On doit donc reconnaître qu'en général on a tempéré ce régime par un sentiment de liberté.

Ce régime, au dire de M. Stolfi, fonctionne d'une façon assez satisfaisante. Il suffira de quelques modifications, d'ailleurs non substantielles, pour faire disparaître les défauts que la pratique relève contre lui. Ainsi les droits du mari sur les biens dotaux ne sont pas définis, ce qui occasionne des incertitudes dans la jurisprudence et dans la doctrine : on ne sait pas exactement si l'affectation des revenus dotaux aux charges du ménage est pour le mari un droit ou une obligation. Nous avons de même critiqué la soumission de l'aliénation de la dot mobilière à l'homologation du tribunal, parce qu'elle constitue une entrave à la rapidité des transactions, et empêche souvent les époux de tirer le meilleur parti possible de leur opération.

La séparation de biens ou la paraphernalité, est, depuis la loi du 17 juillet 1919 qui a supprimé la nécessité de l'autorisation maritale, le régime qui a le plus de chances d'être adopté, parce qu'il est le plus simple et le seul compatible avec l'entière capacité de la femme mariée. La contribution aux charges du ménage proportionnellement à la fortune de chaque époux est de beaucoup plus juste que la détermination artificielle du législateur français.

Enfin, pour le conflit de lois en matière de régimes matrimoniaux, l'Italie a adopté le système le plus conforme aux besoins de la famille et de la société, en épargnant aux époux italiens et aux tiers les inconvénients du système français de la convention tacite.

Voilà en résumé quelles sont les principales transformations que le législateur italien a apporté au Code civil français, son modèle.

Nous voyons dans ces réformes un progrès remarquable, car les améliorations que nous avons constatées, chemin faisant, augmentent le crédit des époux en même temps que la sécurité des tiers.

Cependant le Code civil italien n'est pas exempt de défauts et de lacunes. En dehors de celles qui ont été déjà indiquée, il faut en ajouter d'autres. Les juristes

réclament depuis assez longtemps des réformes dans le droit de famille (1).

Le régime matrimonial entre autre, doit être débarrassé des formalités trop compliquées dont il est affecté ; on doit faire une distinction entre les grandes et les petites fortunes. Ensuite quelques dispositions d'ordre public, ne semblent pas pleinement justifiées comme par exemple, l'immutabilité des conventions matrimoniales, l'interdiction des donations entre époux, etc.

L'inaliénabilité doit être tempérée même là où l'intérêt du tiers se mêle à celui des époux, c'est-à-dire en cas de remploi ; on peut rappeler la sévérité du juge italien en cette matière.

Il serait encore désirable que l'on fit à la femme une place encore plus large dans la direction de la famille. La prééminence du mari doit être réduite au minimum possible, et il faut la maintenir seulement dans la mesure où la nécessité de la famille et l'intérêt de la femme le réclament.

Avec ces réformes, l'égalité entre l'homme et la femme effectuée par la loi du 17 juillet 1919 sera conduite jusqu'à ses conséquences logiques, et la femme aura vraiment la place qui lui appartient dans la famille, non pas seulement dans le régime de séparation de biens, mais aussi dans le régime de communauté et dans le régime dotal.

De cette façon le mariage serait véritablement le *consortium totius vitae* non seulement quant aux personnes, mais aussi quant aux biens.

Maintenant que nous avons exposé l'organisation des régimes matrimoniaux en Italie, leurs supériorités incontestables par rapport à l'organisation des mêmes institutions en France, nous pouvons nous rendre

1. Ascoli, *l'Evolution du droit privé en Italie de 1869 à 1919* (Livres du cinquantenaire de la Société de législation comparée, vol. II, 1923).

2. V. Lévy-Ullmann, *De l'utilité des études comparatives* (la *Revue de droit*, vol. I, 1923).

compte plus facilement de l'utilité du droit comparé (1).

Boissonnade (1), disait déjà, il y a plus d'un demi-siècle : « Les innovations du Code italien et leurs conséquences devront être pour nous un objet d'attention sérieuse et continue. Ne serait-il pas bien naturel d'ailleurs, et très honorable pour deux peuples amis, qu'après avoir fourni à l'Italie le type de sa nouvelle législation civile, la France, à son tour, adoptât les améliorations apportées par celle-ci au modèle ? »

Cette pensée est encore plus vraie aujourd'hui alors que l'expérience a montré les vertus de la législation italienne.

1. Boissonnade G. E., *le Nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon*. Paris, 1868 (Extrait de *la Revue pratique*, t. XXVI).

Le Président de la thèse.

LÉVY-ULLMANN

Le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris
P. APPELL



TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE.....	7
AVANT-PROPOS.....	11
CHAPITRE PREMIER.....	15
<i>Section I.</i>	15
Du contrat de mariage en général. 1 ^o Généralités.	
2 ^o Significations différentes des mots « contrat de mariage ».	
3 ^o Contrat de mariage des incapables.	
<i>Section II.</i>	20
Liberté des conventions matrimoniales. Restriction au principe : 1 ^o Clauses prohibées dans le contrat de mariage ; 2 ^o Immutabilité des conventions matrimoniales.	
CHAPITRE II. — <i>Le régime légal</i>	25
CHAPITRE III. — <i>Le régime de communauté</i>	32
<i>Section I.</i>	32
1 ^o Généralités. 2 ^o Nature juridique de la communauté.	
3 ^o Diverses sortes de communauté.	
<i>Section II.</i>	37
Principes généraux qui règlent la communauté.	
<i>Section III.</i>	41
Composition de la communauté : 1 ^o Généralités ; 2 ^o Actif de la communauté. 3 ^o Propres imparfaits. 4 ^o Passif de la communauté. 5 ^o Passif propre des époux. 6 ^o Preuve de l'actif de la communauté et du passif.	
<i>Section IV.</i>	50
Administration des biens : 1 ^o Administration des propres. 2 ^o Administration des biens communs.	
<i>Section V.</i>	61
Dissolution de la communauté : 1 ^o Causes de la dissolution. 2 ^o Effets de la dissolution.	

<i>Section VI</i>	79
Le régime de la communauté et les tiers : 1 ^o Généralités. 2 ^o Les propres des époux et les tiers. 3 ^o La communauté et les tiers.	
CHAPITRE IV. — <i>Le régime dotal</i>	92
<i>Section I</i>	93
Les constitutions de dot : 1 ^o Signification du mot <i>dot</i> . 2 ^o Caractères généraux des constitutions de dot. 3 ^o Pactes accessoires de la dot.	
<i>Section II</i>	105
Droits du mari sur les biens dotaux : 1 ^o Nature juridique du droit du mari. 2 ^o Droit d'administration et de jouissance.	
<i>Section III</i>	108
Inaliénabilité des biens dotaux. 1 ^o L'inaliénabilité règle essentielle du régime. 2 ^o Imprescriptibilité des biens dotaux. 3 ^o Exception à l'inaliénabilité de la dot. 4 ^o Droits des créanciers de la femme sur la dot. 5 ^o Garanties de la dot.	
<i>Section IV</i>	127
Séparation de biens dans le régime dotal : 1 ^o Causes de la séparation. 2 ^o Effets de la séparation judiciaire de biens. 3 ^o Cessation de la séparation.	
<i>Section V</i>	134
De la restitution de la dot.	
<i>Section VI</i>	136
Des biens paraphernaux : 1 ^o Détermination de ces biens. 2 ^o Les pouvoirs de la femme sur les paraphernaux. 3 ^o Contribution de la femme aux charges de la famille.	
CHAPITRE V. — <i>Régime de séparation de biens ou de la paraphernalité</i>	140
CHAPITRE VI. — <i>Du régime matrimonial en droit international privé</i>	144
1 ^o Généralités. 2 ^o Le système italien. 3 ^o Le système français	
CONCLUSIONS.....	153

